Beitrag

zur

Lehre von der Testamentsvollstreckung.

Ein Construktionsversuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der juristischen Fakultät der

Grossherzogl. Meckl. Schwer. Landesuniversität zu Rostock

vorgelegt

von

Felix Seckt,

Gerichts-Referendar.

Genehmigt am 28. Juni 1899.

Leipzig.

Verlag von Richard Wöpke.

1899.

ACAD. IUGO BAT. MED.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0064

Inhalt.

Seite

Einleitung.

§ 1. Geschichte des Instituts 1
I. Das germanische Recht 1
II. Das römische Recht 10
III. Das kanonische Recht 13
§ 2. Überblick über Theorie und Praxis in unserer Lehre . . . 13
§ 3. Wesen und Wert der sog. juristischen Construktion (Plan der Arbeit) 16

I. Abschnitt: Grundprinzip der Lehre.

Kapitel I.

§ 4. Entwicklung des Prinzips 18

Kapitel II.

§ 5. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen. (Vertreter-Theorieen.) 20
I. Der Testamentsvollstrecker, ein Organ der Interessen des Erblassers. (Organ-Begriff.) 20
II. Theorie der Erblasser-Vertretung 29
III. Theorie der Erben-Vertretung 30
IV. Theorie der Nachlass-Vertretung 31

II. Abschnitt: Darstellung der Lehre im einzelnen.

Kapitel I.

Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erblasser.

A. Berufung des Testamentsvollstreckers.

§ 6. I. Form der Berufung 34

§ 7. II. Rechtliche Natur des Berufungsaktes 37
1. Mandat (Note: Legat.) 37
2. Vollmacht im technischen Sinn 38
3. Ermächtigungsgeschäft 39
§ 8. III. Ernennende Person 41
§ 9. IV. Fähigkeit zum Testamentsvollstrecker 42

B. Inhalt und Umfang der Ermächtigung.

(Aufgabe des Vollstreckers.)

§ 10. I. Quellen der Ermächtigung 43
§ 11. II. Inhalt und Umfang im allgemeinen 44
1. Typus I. 45
2. Typus II. 45
3. Ihr Verhältnis zu einander 46
12. III. Schranken der Aufgabe des Testamentsvollstreckers im objektiven Recht 47
1. Allgemeines 47
2. Im besonderen:
a) Beschränkung des Erben durch die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Auslegung des letzten Willens 48
b) Beschränkung des Erben durch Anordnung einer Verwaltung der Erbmasse seitens des Testamentsvollstreckers über die Zwecke der Nachlassregulierung hinaus 49

C. Befugnisse des Testamentsvollstreckers.

§ 13. I. Allgemeines 53
§ 14. II. Besitz am Nachlass 54
§ 15. III. Die hauptsächlichsten Verfügungsbefugnisse 56
§ 16. IV. Insbesondere: Führung von Prozessen 58
1. Prozesse zur Erzwingung der Ausführung letztwilliger Anordnungen 58
2. Prozesse betreffend Nachlassgegenstände (sog. Nachlassstreitigkeiten.) 58
a) Aktivlegitimation 58
b) Passivlegitimation 59
α) des Erben (Vollstreckung des Urteils gegen den Testamentsvollstrecker.) 59

β) des Testamentsvollstreckers (Vollstreckung des Urteils gegen den Erben.) 61
c) Interventionsrecht des Testamentsvollstreckers bezw. des Erben 63
3. Prozesse betreffend die Giltigkeit des Testaments bezw. eines Erb- oder Vermächtnisrechts. (sog. Erbstreitigkeiten.) 64
a) Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers
b) Interventionsrecht desselben 69
4. Prozessuale Vertretung von Bestimmungen des Testaments, die ein Recht an einen Überlebenden nicht verleihen 70
5. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozess (Partei oder gesetzlicher Vertreter?) . 71
§ 17. Anhang: Hartmanns Meinung 80

Kapitel II.

Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Nachlassinteressenten.

§ 18. I. Stellung gegenüber den Nachlassinteressenten, insbes. den Erben, im allgemeinen 81
§ 19. II. Rechtliche Wirkungen seiner Handlungen 82
§ 20. III. Pflichten des Testamentsvollstreckers. 83
1. Inventarisierung und Rechnungslegung 83
2. Herausgabe von Nachlasssachen gegen Sicherheit 83
3. Ordnungsmässige Verwaltung 84
a) Prinzipielle Rechtfertigung dieser Pflicht . . 84
b) Haftung 86
4. Anhörung der Miterben über den Verteilungsplan 89

Kapitel III.

Ende der Testamentsvollstreckung und das Ruhen derselben.

§ 21. I. Endigungsgründe 89
1. Gründe, die auf dem Willen des Testators beruhen 90
2. Gründe, die in der Person des Testamentsvollstreckers liegen: 90
a) Tod 90
b) Geschäftsunfähigkeit 90
c) Aufkündigung 90

3. Gründe, die unabhängig vom Willen des Testators und des Testamentsvollstreckers bestehen: . . . 91
a) Destitution des Testaments. (Wirkung einer partiellen Reszission.) 91
b) Absetzung (remotio.) 94
II. Gründe des Beruhens:
Konkurseröffnung über den Nachlass und gerichtliche Anordnung einer Nachlassverwaltung auf Antrag des Erben 95

Litteraturübersicht 98

Einleitung.

§ 1. Geschichte des Instituts.

Zu den Instituten germanisch-rechtlichen Ursprungs, die durch die Rezeption des römischen Rechtes mit seinen, den germanischen vielfach gerade entgegengesetzten Prinzipien nicht erschüttert worden sind, gehört auch die Testamentsvollstreckung; sie hat insbesondere ihre Lebensfähigkeit bewährt gegenüber dem — man sollte meinen — sie gänzlich ausschliessenden römischrechtlichen Grundsatz der Universalsuccession, wonach der Erbe als successor in universum jus defuncti den Erblasser mit seiner Person im Rechtsverkehr ersetzt (una quodam modo persona heredis et illius) und seinen Willen zur Ausführung bringt.

I. Das germanische Recht:

Dass der Ursprung der heutigen Testamentsvollstreckung im germanischen Recht zu suchen ist, ist herrschende Meinung.[1])

[1]) Scholz III., „Über Testamentsvollzieher besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben“ (1841) S. 6 ff. 13 ff. 30; Beseler, Erbverträge (1835) Bd I. §§ 15. 16; ders. „Von den Testamentsvollziehern“, Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. IX. S. 144 ff.; ders. „Volksrecht und Juristenrecht“ (1843) S. 321 ff.; ders. „System des gemeinen deutschen Privatrechts“ (1885) Bd. I. § 148 S. 672 f.; Mühlenbruch in Glücks Pandektenkommentar Bd. XXXXIII § 1503. S. 390. 399. 401ff.; Bluntschli, deutsches Privatrecht 2. Aufl. (1860) § 201 S. 565ff.; Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Recht Bd. III S. 309; Lammer, das Recht der treuen Hand (1875) S. 18ff; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts (1886) Bd. II. § 202; Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte

Und zwar bildete den Ausgangspunkt das alte Institut der Treuhänder oder Salmannen.

A. Schon früh finden wir im deutschen Recht die treue Hand im Dienste letztwilliger Vergabungen[1]). Unser ältestes Zeugnis dafür ist die lex Salica Tit. 46. Die künstliche Schaffung eines Erben für den Erblosen (Affatomie) geschieht hiernach dadurch, dass man sein Gut gerichtlich einem Treuhänder überträgt (durch festucam in laisum jactare), der dann, „nach Vornahme feierlicher Handlungen in dem Gute des Erblassers, welche seine Verfügungsgewalt konstatieren, binnen zwölf Monaten nach dem Tode des Disponenten das Vermögen an den ihm bezeichneten Erben vor dem König oder echten Ding zu übergeben hat.“[2])

Während es bei der Affatomie, wenigstens der des salischen

---

3. Aufl. (1898) S. 740; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 1.—2. Aufl. (1884) Bd. V. § 308 S. 260; Alfred Schultze, die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung in Gierkes, Unters. z. deutsch. Staats- u. Rechtsgeschichte (1896) Heft 49. — a. Mg. Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht (1893) S. 79. 80. N. 17., der neuerdings, u. E. erfolglos, für das römische Recht als Quelle der heutigen Testamentsexekution eine Lanze bricht. s. darüber unten S. 11. —

[1]) Hier hat sich das Institut allem Anschein nach zuerst entwickelt (s. Heusler, aaO. Bd. I. S. 215ff.), um später erst — wenigstens in den deutschen Stammesrechten — bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden, insbes. Veräusserungen, reiche Anwendung und Ausbildung zu finden. Im langobardischen Recht haben wir diese letztere Erscheinung nicht; hier findet sich die Treuhand fast ausschliesslich im Zusammenhang mit letztwilligen Geschäften. Dies giebt Schultze zu der Bemerkung Veranlassung, die durch seine Untersuchungen voll bestätigt wird, dass die Treuhand bei den Langobarden „von vornherein eine gerade letztwilligen Zwecken speziell angepasste Ausbildung erhalten hat.“ s. auch S. 5. N 2.

[2]) Heusler aaO. Bd. II S. 621. Bd. I S. 215; Stobbe, aaO. Bd. V S. 171 ff.; Schröder aaO. S. 334 f.; R. Schmidt, die Affatomie der lex Salica. —

Rechts[1]), trotzdem sie sich bald nach Form und Inhalt abschwächte (Heusler aaO. S. 625 ff.), des Treuhänders unbedingt bedurfte, um den beabsichtigten, erbrechtlichen Effekt (Universalnachfolge) zu ermöglichen, ist seine Vermittlung bei den nach und nach (7. 8. Jahrhundert) unter dem Einfluss der Kirche[2]) üblich gewordenen zweiseitigen Vergabungen auf den Todesfall durchaus nicht rechtlich geboten.

Diese vollzogen sich lediglich nach sachenrechtlichen Grundsätzen in den Formen der Schenkungen unter Lebenden. Ihre erbrechtliche Wirkung (Singularsuccession) wurde auf zweierlei Weise erreicht: entweder der Destinatär erhielt sofort Eigentum, musste aber dem Geber lebenslänglichen Niessbrauch gewähren (donationes reservato usufructu) oder es konnte geschehen, dass der Vergabende sein Eigentum überhaupt nur bedingt übertrug, aufschiebend bedingt durch seinen Todesfall (donationes post obitum.)[3])

Wenn nun auch kein rechtlicher Zwang zur Zuziehung von Treuhändern bei diesen Vergabungen auf den Todesfall bestand, so bediente man sich ihrer, und zwar in derselben Mittlerstellung wie bei der Affatomie, nach dem Zeugnis der Quellen (8. 9. Jahrhundert) doch überaus häufig, sei es, dass die thatsächliche Lage des Einzelfalls eine Mittelsperson forderte, sei es aus allgemein praktischen Gründen.

So konnte (a) z. B. ein auf dem Krankenbett liegender Erblasser, wenn der zu Bedenkende abwesend war, diesem auf keine andere Weise etwas zuwenden, als dass er einem Treuhänder das frgl. Gut durch einen zweiseitigen dinglichen Vertrag rechts-

---

[1]) — bei der Affatomie der lex Ribuaria und dem denselben Zwecken dienenden gairethinx des langobardischen Rechts (Schultze aaO. S. 6 ff.) findet sich ein Salmann nicht mehr —

[2]) Schultze aaO. S. 8 f.; Hübner, die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs im älteren deutschen Recht in Gierkes, Untersuchungen Heft 26 S. 3.

[3]) Hübner aaO. S. 76 ff. 16 ff.; Heusler aaO. Bd. II. 188 ff.; Stobbe aaO. Bd. V. 175 ff; Schröder aaO. S. 285.

förmig übertrug [1]) mit der Auflage, es nach seinem Tode an den Destinatär weiter zu übertragen bezw. aufzulassen. [2])

Oder es galt (b) durch Zuziehung eines Treuhänders eine Stärkung der letztwilligen Vergabungen herbeizuführen insbes. gegenüber den Personen, deren Rechte auf das Vermögen des Vergabenden sie schmälerten, den gesetzlichen Erben. So war es vielfach üblich, die Vergabungen nicht direkt an den Bedachten sondern durch die Hand besonders angesehener und mächtiger Personen: König, Herzog, Bischof . . . zu bewirken, oder — zur grösseren Sicherheit — gar kumulativ: ausser der Uebertragung an den Bedachten noch eine solche an den Treuhänder vorzunehmen. [3])

Hierzu kommt schliesslich (c) eine sehr wichtige Kategorie von Anwendungsfällen für die Treuhand: Die bei weitem meisten Vergabungen von Todeswegen nämlich geschahen im Interesse des Seelenheiles des Vergabenden (pro remedio animarum) zu frommen und kirchlichen Zwecken schlechtweg (sog. donationes pro anima, Seelgeräte) in der Art, dass nicht der Schenker selbst diese Zwecke näher spezialisierte und das Gut bestimmten Desti-

---

[1]) Ueber den Charakter dieser Übertragung (sala, traditio) an den Treuhänder im Vergleich zur gewöhnlichen Veräusserungsauflassung s. für das Recht der deutschen Stämme Heusler aaO. I. S. 216. 218. II. S. 66 ff.; auch Schmidt aaO. S. 82 f.; für das langobardische Recht Schultze aaO. S. 68 f.

[2]) Quellenbelege für diesen Fall bei Stobbe, „Über die Salmannen" Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. VII. S. 424 Schultze aaO. S. 49 N. 9. —

[3]) Hierzu Stobbe, Zeitschr. aaO. S. 423. 425 f; für das langobardische Recht Schultze aaO. S. 49 ff. und die dort citierten Quellenbelege. — Dieselben Gründe übrigens, welche die Zuziehung von Treuhändern bei letztwilligen Vergabungen veranlassten, veranlassten später auch ihre Verwendung bei Veräusserungsgeschäften unter Lebenden, bei denen sie gleichfalls von Rechtswegen keine Rolle zu spielen hatten. (Andere Gründe traten hier natürlich noch hinzu Stobbe, Zeitschr. aaO. S. 405 ff.)

natären gab; vielmehr überliess er das einem Treuhänder, dem er mit dieser Aufgabe die betreffenden Güter übertrug.[1])

Von dessen praktischem Takt und seiner Umsicht hoffte der Schenker die richtige, zweckmässigste Verwendung seines Gutes nach seinem Tode. Die rechtliche Macht des Treuhänders war hier die denkbar grösste und freiste.[2])

Die letztwilligen Verfügungen im germanischen Recht waren hiernach regelmässig zweiseitige Vergabungen auf den Todesfall, die häufig aus bestimmten Gründen und zu bestimmten Zwecken durch Treuhänder vermittelt und realisiert wurden.

B. Von den im Laufe des 12. Jahrhunderts bei den germanischen Stämmen eindringenden Sätzen des römischen Erb- und speziell Testaments-Rechts wurden zunächst die wenigsten acceptiert. Am ersten gewann Boden die neue Form, welche die bisher üblichen letztwilligen Vergabungen im römischen Recht zeigten: die letztwilligen Verfügungen kamen als einseitige, testamentarische in Aufnahme, der alte sachenrechtliche zweiseitige Vertrag verschwand; viel später dagegen wurden erst die Erbeinsetzungen im Testament und das Prinzip der Universalsuccession rezipiert. Die germanischen Testamente trugen daher ursprünglich den Charakter eines „Aggregates" von Vermächtnissen.[3])

Wie stand es nunmehr, nach diesem Wandel in den Dingen, mit der ehemaligen Vermittlerrolle des Treuhänders bei den Vergabungen? — Einige Gründe für seine Bestellung, z. B. die Abwesenheit des zu Bedenkenden (a), waren, da man in Folge der neuen römisch-rechtlichen Form (Einseitigkeit der Verfügung)

[1]) Zahlreiche Beispiele für diese in blanco-Vergabungen bei Stobbe. Zeitschr. aaO S. 424 f.; ders deutsches Privatrecht Bd. V. S. 264. N. 20. 21; insbes. Schultze aaO. S. 47. N. 4; cf. auch Beseler, Zeitschr. aaO. S. 153. —

[2]) An diese Fälle der in blanco-Vergabungen knüpft, wie Schultze aaO. S. 46 ff. 209 f. dargethan hat, bei den Langobarden vornehmlich die Entwicklung der Treuhand an. Es geschah dies wieder unter dem Einfluss der stark interessierten Kirche.

[3]) Pauli, aaO. S. 306; Beseler, Erbverträge S. 285; ders. Zeitschr aaO. S. 145; ders. Volksrecht e. t. c. S. 332.

auch Abwesenden direkt ein festes Recht zuwenden konnte, hinweggefallen; andere wider bestanden weiter fort.

Da ist zunächst der Grund (b): durch Bestellung eines Treuhänders die letztwillige Vergabung zu stärken, ihre Realisierung recht zu sichern. — Die Gegnerschaft der gesetzlichen Erben gegen letztwillige Vergabungen, durch die sie in ihrem Recht beschränkt wurden, war vor wie nach der Rezeption römischer Sätze dieselbe geblieben. Sicherungsbedürftig gegen ihre Gewalt und ihren bösen Willen mochte die Ausführung der letztwilligen Verfügung nur zu oft sein, und dann war es wünschenswert, dass sich beim Tode des Vergabenden eine treue Hand mit der Rechtsmacht, wie sie ihr ehemals die förmliche Übertragung des Gutes (sala, traditio s. oben S. 4 N. 1) gewährte, sich des vermachten Gutes unterwandt, in Besitz setzte, und dieses dann sicher seinem Destinatär zubrachte.

Abgesehen einmal von jedem bösen Willen der gesetzlichen Erben hatten sie nach deutschem Recht gar keine Verpflichtung, im Interesse der Bedachten auch nur einen Finger zu rühren und die in dem eigentümlichen Vermächtnis-Testament ausgeworfenen Legate auszurichten; das lief ja ihren eigenen Interessen gerade zuwider; als Repräsentanten des Erblassers, etwa wie der römische heres, fühlten sie sich unter den obwaltenden Umständen ganz und garnicht. Es war daher Sache des Testators, anderweit dafür zu sorgen, dass die Bedachten schnell und sicher das Ihrige empfingen, wenn er nicht wollte, — was dem Sinne und Charakter einer liberalen Vergabung absolut nicht entsprochen hätte, — dass die Bedachten selbst sich erst ihr Recht suchten, im Prozess erkämpften. Da lag es doch nahe, sich des alten Treuhänders weiter zu bedienen und durch ihn dem Bedachten das Seine mühelos zuzuführen. Der Treuhänder stand in diesem Falle nach der Lehre der damaligen Rechtslehrer vollkommen loco heredis (cf. Schultze aaO. § 23 S. 173 ff.)

Freilich hatte das Verhältnis des Treuhänders zu denen, die im Testament mit Sachen oder Rechten aus dem Nachlass bedacht waren, einen andern Charakter wie früher angenommen. Davon, dass der Treuhänder, wie früher, das Schenkgut als Zwi-

schenperson zunächst für sich erwarb (nach Schultze aaO. S. 76 ff. 84 ff.: zu resolutiv bedingtem Eigentum; dazu Heusler aaO. Bd. I. 218 ff.) mit der dinglichen Beschränkung, es zweckentsprechend zu verwenden, weiter zu geben, konnte keine Rede mehr sein: denn dem Bedachten fiel jetzt unmittelbar mit dem Erbfall das vermachte Recht zu. Der Treuhänder war insoweit also nicht mehr Mittler im Rechtsübergang vom Vergabenden auf den Bedachten, seine Macht nicht mehr ein fiduziarisches Eigenrecht, sondern eine auf den Nachlass beschränkte, dinglich wirkende Dispositionsgewalt.

Ein weiterer Umstand, der gleichfalls nach Aufnahme der römisch-rechtlichen letztwilligen Verfügungen zur Beibehaltung des Treuhänders mitwirkte, war, dass die oben (c) gedachten donationes pro anima in ihrer eigentümlichen in blanco-Gestaltung Gebrauch blieben. Die Treuhand, die dem erblasserischen Interesse entsprechend mit Umsicht und Takt derartigen Verfügungen einen konkreten Inhalt gab, sie ausführte, konnte nicht entbehrt werden.

Während der Treuhänder ehedem seine rechtliche Macht aus einem zweiseitigen Uebertragungsgeschäft zwischen ihm und dem Vergabenden herleitete, wurde mit der Einbürgerung römischer letztwilliger Verfügungen ein einseitiger Willensakt die Quelle seiner Befugnisse: seine Ernennung erfolgte jetzt gleichfalls im Testament[1]).

Dieser Uebergang des Treuhänder-Institutes vom Gebiet des Sachenrechts (dinglichen Vertrages) zu einer Einrichtung des Erbrechts, der Testamentsexekution[2]), hat sich – wie die Uebergänge alle, die ein Rechtsinstitut in seinen Wandlungen rechtsgeschichtlich durchmacht — nicht mit einem Schlage vollzogen.

[1]) Testamente, in denen kein Vollstrecker ernannt war, gehörten zu den Ausnahmen. cf. Pauli aaO. S. 325 f.

[2]) Der für den Treuhänder gebräuchliche Ausdruck: Salmann kommt in den mittelalterlichen Quellen gleichbedeutend mit Testamentsexecutor vor (executoribus ultimae voluntatis seu salmannis). Beseler, Erbverträge I. S. 288; Stobbe, Privatrecht V. S. 261 N. 3; Pauli aaO. S. 313. N. 271. 272.

Es ist vielmehr anzunehmen, dass noch lange Zeit, nachdem bereits Vergabungen auf den Todesfall in der Form der römischen einseitigen Verfügungen geschahen, der Treuhänder daneben seine Rechtsmacht in alter Weise durch dinglichen Vertrag erhielt. So ist z. B. deutlich aus dem bei Beseler, Zeitschr. aaO. S. 155 N. 12 abgedruckten Bremer Urteil von 1330 zu entnehmen, dass der Testator Henric von der Hoyen in alter Art bei seinen Lebzeiten die Uebertragung seines Gutes an den Mann seines Vertrauens zu Treuhänder-Gewere vorgenommen hat.

C. Auch nachdem im 16. Jahrhundert das Prinzip der Erbeseinsetzung im Testament mit der Wirkung einer vollkommenen Universalsuccession im deutschen Boden Wurzel geschlagen hatte, und man sich längst gewöhnt hatte, den Erben als: die gesamte Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzend anzusehen, kam das Institut des Treuhänders nicht ab: dazu hatte es zu festen Fuss im Rechtsleben gefasst.

War jetzt auch im Erben als Repräsentanten des Erblassers eine Persönlichkeit zur Vollziehung des letzten Willens erstanden, zahlreiche Gründe, aus denen man sich früher des Treuhänders bei letztwilligen Verfügungen bedient hatte, dauerten in gleicher Weise fort. Der Fall der Animosität des (eingesetzten) Erben gegen die ihn beschränkenden übrigen Testaments-Verfügungen blieb auch jetzt aktuell und musste in concreto im Testator den Wunsch rege machen, zur Sicherung der Durchführung seiner letztwilligen Bestimmungen einen Treuhänder alter Art zu ernennen, der im Kampf der Interessen als uninteressierter Vollstrecker dastand.

Nicht weniger war eine Sicherung des letzten Willens geboten, wenn es dem Erben an der nötigen Geschäftskunde fehlte oder er leichtfertig war, sodass man ihm neben anderen Verfügungen und Wünschen insbes. nicht die Ausrichtung der wichtigen, immer noch üblichen Seelgeräte der oben (S. 4 (c)) beschriebenen Art anvertrauen konnte.

So lebt das alte Institut des Treuhänders, dessen Aufgabe immer mehr, bis zur vollkommenen Nachlass-Verwaltung und -Liquidation erweitert wurde, in der heutigen Testamentsvoll-

streckung fort. Es findet nach wie vor in allen denjenigen Fällen seine Verwendung, wo aus einem der erwähnten Gründe das Bedürfnis nach grösstmöglichster Sicherung der Ausführung des letzten Willens unabweislich hervortritt. — — — — — — —

Für die Rechtsgebiete diesseits der Alpen[1]) – jedoch mit Beschränkung der Entwicklung auf die Städte – hat man ausser dem Salmann die Vogtei als eine davon verschiedene, besondere Wurzel der Testamentsvollstreckung angesehen wissen wollen. Und in der That finden sich zahlreiche Urkunden, die den Treuhänder-Exekutor nicht als Salmann, manufidelis u. s. w., sondern als „Vormund des letzten Willens“ bezeichnen[2]).

Die Ursache dieser Bezeichnung ist jedoch u. E. nicht in zwei verschiedenen Ausgangspunkten zu suchen, die unser Institut genommen hätte, sondern vielmehr in dem engen Zusammenhang, in dem Treuhand und Vogtei von Haus aus zu einander stehen.

Die Uebertragung des zu vergabenden Gutes an den Salmann geschah durch traditio (sala). Diese aber ist, wie Heusler aaO. I. S. 220 ausführt, „nur die abgeschliffene Form des per wadium commendare [festucam in laisum jactare s. o. S. 2] und dieses ist identisch mit der causae commendatio per festucam,

[1]) nicht für das langobardische Recht. cf. Schultze aaO. S. 166.

[2]) Nach Pauli aaO. S. 313 ff. 316 ff. ist der Ausgangspunkt dieser zweiten Entwicklung die im älteren Recht für Erschlagene vorkommende gesetzliche Vormundschaft, mit dem Inhalte, dass den Vormündern die Sühnung des am Getöteten begangenen Verbrechens oblag. Von den gesetzlichen sei man zu gekorenen Vormündern gelangt und habe diesen erst einzelne Angelegenheiten, dann die Vollziehung des letzten Willens übertragen. Eine Stützung dieser äusserst schwach fundierten Ansicht ist von Besele, Zeitschr. aaO. S. 149 ff. 152, der sie acceptiert, nicht versucht.

In der neueren Litteratur über deutsche Rechtsgeschichte und Privatrecht (s. o. S. 1 N. 1) findet sich diese Ansicht nicht mehr vertreten. Wo von den Testamentsvollziehern gehandelt wird, wird stets nur der alte Treuhänder (Salmann) als Wurzel des Instituts genannt. —

worin ursprünglich die Ernennung zum Muntboro [Momper], Gewalthaber, Vormund enthalten war. So wird der Salmann zum Vormund über das Gut gemacht[1].“ Die traditio schafft ihm denn auch die gewere (zur treuen Hand) an den Gütern, gleich der, die der Vormund am Mündelgut hat. (Heusler, aaO. II. S. 495 ff.). Das Treuhänderinstitut erscheint hiernach, wenn man will, als eine eigentümliche Anwendungsform vogteilicher Sätze.

Das Gesagte wird einigermassen dadurch gestützt, dass die Ausdrücke: Treuhälter, Treuhänder, Treusträger, Salmann in gleicher Weise für den Salmann selbst wie für den Vormund im techn. Sinne gebraucht werden[2]), und umgekehrt der Ausdruck: Vormund für den Treuhänder vorkommt[3]). —

II. Das römische Recht.

Ein so elementares Bedürfnis nach einem besonderen Vollstrecker des letzten Willens wie im deutschen Recht konnte sich im römischen Recht garnicht ergeben.

Das römische Testament war ja nicht eine Summe von Vermächtnissen (s. o. S. 5), es enthielt vielmehr stets die Ein-

---

[1]) cf. die Urkunde in Johannis Heumanni opuscula (III commentatio de salmannis (1747) § XII. S. 309: „in manum Henrici . . . . . comitis de D. qui traditionis huius advocatus et mundiburdus institutus est . . . . . libere et absolute tradidimus. S. auch Heusler aaO. II. S. 562.

[2]) Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. I. S. 263 N. 58—60, —

[3]) cf. das Schöffenurteil bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen S. 101 c. 178; in Frankfurt a. M. wurden in älterer Zeit die Testamente als „Giftunge von Treuhänder- oder Momperschaft“ bezeichnet, Pauli aaO. S. 311; cf. die Urkunde von 1332 bei Beseler, Erbverträge I. S. 280 N. 6; „to einem vormunden unn salmanne . . .“; altes bairisches Stammbuch (bei Heumann, opusc. III § 6. S. 293): „Salmann sein vor 300 und mehr Jahren in Baiern gewesen wie die Schirmer oder Vögte . . . .“; Nürnberger Reform. von 1479 Tit. 18. Ges. 1: „die vormunder, volzieher oder trewsshänder der verlassen geschaft.“ —

setzung eines Erben, der kraft des Prinzips der Universalsuccession der Repräsentant des Erblassers, und daher auch in erster Linie zum Vollzug des letzten Willens berufen war. Eine Teilung dieser Repräsentation zwischen dem eingesetzten Erben und einer dritten Mittelsperson lief der römischen Rechtsanschauung gradwegs zuwider[1]).

Hiernach können wir denn unmöglich im römischen Recht den geeigneten Boden für die Entwicklung unseres Instituts suchen. Und in der That begegnen wir (erst in spätester Kaiserzeit) nur einigen wenigen Stellen, die für einen ganz bestimmten (Ausnahme-) Fall eine dem Treuhänder ähnliche Erscheinung zeigen: c. 28; 48 (49) C. de episc. et cler. I, 3 und nov. 131 cap. 11; 12. Unter dem Einfluss der Kirche waren nämlich im römischen Recht die ihr wohlgefälligen Zuwendungen an die captivi und pauperes schlechtweg (also an incertae personae), mochten sie in der Form der Erbeseinsetzung oder des Legats geschehen sein, für zulässig erklärt worden. Dass es für die Realisierung derartiger Zuwendungen besonderer Mittelspersonen bedurfte, ist klar; denn jene unbestimmte Mehrheit konnte keine Rechte erwerben und wahrnehmen. Solche Zwischenpersonen wurden denn auch zumeist gleich im Testament ernannt. (Von ihnen wird gesagt, sie hätten: heredum jus et nomen). War dies nicht geschehen, dann sollte der Bischof als Vollzieher thätig werden.

Diese Mittelspersonen dienten lediglich dem Bedürfnis eines einzigen, besonderen Falles; über dessen Bereich hinaus hat die Institution keine Anwendung und charakteristische Ausbildung erfahren. cf. hierzu Schultze, aaO. S. 168 N. 4.

Vielfach haben optimistische Juristen geglaubt, in einigen Digestenstellen (cf. z. B. die bei Goldfeld aaO. citierten Fragmente: 96,3 D. de leg. I; 107 pr. h. t; 88,1 D. de leg. II; 78,1 D. 36,1; 3. 8. 9 D. 43,1). Keime unsrer heutigen Testamentsvollstreckung finden zu können. Wir meinen: zu Unrecht. Was wir in den angegebenen Stellen hören, lässt sich einfach auf alt

---

[1]) cf. Beseler, Zeitschr. aaO. S. 173.

bekannte römische Erscheinungen (legatum sub modo, fidei commissum, e. t. c.) bringen[1]).

Ein Zusammenhang vollends dieser Erscheinungen mit denen der spätesten Kaiserzeit (s o.) besteht in keiner Weise. Mag man immerhin über die Bedeutung der oben S. 11 citierten Codex- und Novellen-Stellen für das römische Recht streiten, jedenfalls kann, wie Beseler, Erbverträge I. S. 284 mit Recht bemerkt: aus diesen vereinzelten Bestimmungen unmöglich die Form der Testamente hergeleitet werden, welche man als die in Deutschland im Mittelalter vorherrschende bezeichnen darf; deren Wesen darin bestand, dass gewissen Personen die Ausführung der letztwilligen Verfügungen übertragen wurde, sodass durch ihre Hand die Verteilung an die Bedachten geschah[2]).

Ereignete sich in Rom der Fall, dass der Erblasser zu seinem Erben kein Vertrauen hatte und sich einen uninteressierten, tüchtigen Vollstrecker wünschte, dann gab ihm das römische Recht, wie u. a. Ihering (Geist des röm. Rechts Bd. III. Abt. 1. S. 247 f.; cf. auch Beseler, Zeitschr. aaO. S. 174.) richtig hervorgehoben hat, in der fiduziarischen Erbeinsetzung seines Vertrauensmannes (Anordnung eines Universalfideikommisses) ein geeignetes Mittel. Der Vertrauensmann konnte dann mit der Machtbefugnis eines Erben die letztwilligen Bestimmungen vollziehen.

Auch im späteren römisch-byzantinischen Recht ist die Ausbildung der Testamentsexecution nur eine äusserst mangelhafte geblieben. Darüber: Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3. Aufl. (1892) S. 165 und Schultze aaO. S. 169. N. 4.

---

[1]) cf. hierzu Deutsch, die Vorläufer des heutigen Testamentsvollstreckers im römischen Recht (1899) S. 18 f 21 ff. 26 ff, der sämtliche citierten Stellen entsprechend würdigt. cf auch Sturm, die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem bürgerl. Gesetzbuch (1898) S. 3 ff; auch Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs 3.–5. Aufl (1899) Bd. III. § 52 S. 218 N. 1. —

[2]) So auch Dernburg, Pandekten Bd. III. § 124 N. 2.

III. Das kanonische Recht.

Es bleibt nun noch übrig, mit einem kurzen Wort auf die Stellung des kanonischen Rechts zur Testamentsexecution zu kommen. Da ist zu sagen, dass die Kirche die Anwendung sowohl wie die Ausbildung des im germanischen Recht vorgefundenen Treuhänderinstituts im Dienste letztwilliger Vergabungen, insbes. der oben geschilderten Seelgeräte, auf das lebhafteste gefördert hat; nahm sie doch damit in erster Linie eigene Interessen wahr. Was die Ausbildung des Instituts betrifft, so sind freilich im modernen Recht die dem germanischen Recht fremden Elemente, welche die Kirche in die Rechtsentwicklung hineingetragen hat, wieder verlassen [1]).

§ 2. Überblick über Theorie und Praxis in unserer Lehre.

I. Anstatt die Testamentsexecution dem ihr innewohnenden, eigentümlichen Charakter entsprechend zu behandeln und danach den theoretischen Mantel zu zuschneiden, hat man, bis in die Jurisprudenz der Neuzeit hinein, dem deutschen Institut meist

[1]) Die Kirche hat vor allem das im germanischen Recht nicht so sehr ausgeprägte Moment der rechtlichen Verpflichtung des Treuhänders zur Durchführung seiner Aufgabe betont und eine öffentlich-rechtliche, vom Bischof auf gehörige Erfüllung kontrolierte Pflicht daraus gemacht. Ein solcher Charakter eignet der heutigen Testamentsvollstreckung nicht mehr. (Ausführlich handelt vom Einfluss der Kirche auf die Entwicklung des Instituts Schultze aaO. S. 151 ff. 161 ff. 211; cf. auch Stobbe aaO. Bd. V. S. 261 f.) Einzelne von der Theorie (insbes. Durandus bei Beseler, Zeitschr aaO. S. 159) aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers hergeleitete Rechtssätze z. B. Verpflichtung des Testamentsvollziehers zur Inventarerrichtung, Rechnungsablegung, ferner die remotio suspecti . . . existieren als Sätze des Privatrechts noch heut fort.

ein fertiges römisches Gewand umgehängt, das dann hier zu eng und dort wieder zu weit war[1]).

Die vorzeitige Verwendung insbes. römischer Analogien ist der freien Entfaltung und Weiterentwicklung des Instituts sehr zum Nachteil gewesen.

1. Von römisch-rechtlichen Konstruktionen sind hier einstweilen zu registrieren:

a, Vormundschafts-Theorie (nach Analogie der römischen Vormundschaft. Executores ultimarum voluntatum tutoribus. aequiparantur war das „Stichwort" der Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts. s. Beseler aaO. S. 161). Moderne Vertreter: Windscheid, Hinschius;

b, Die Mandatstheorie (Ältere Vertreter bei Beseler aaO. § 163). Von den neueren: Randa, der Erwerb der Erbschaft. Arndts, Pandekten;

c, die Meinung von Dernburg, Pandekten, der den Nachlass, den er wohl ähnlich der hereditas jacens denkt, vom Vollstrecker vertreten werden lässt;

d, die Arbiter-Theorie (Leyser)

e, die Legats-Theorie (Koch, Erbrecht).

2. Die Germanisten haben sich zwar meist den deutschrechtlichen oder besser germanischen Ursprung unsres Instituts gegenwärtig und von römischen Analogien ferngehalten, jedoch ohne ein der Eigentümlichkeit des Institutes voll gerechtwerdendes, zu brauchbaren Deduktionen ausreichendes Prinzip aufgestellt zu haben; ein solches ist denn auch nicht — ohne das hohe Verdienst Beselers um die so „verwahrloste" Lehre verkennen zu wollen — mit Beselers Theorie von der „formellen Repräsentation" gefunden, wie der Autor selbst einräumt.

[1]) Charakteristisch ist in dieser Beziehung eine Aeusserung Rosshirts („Über Testamentsexekutoren" in seiner Zeitschrift für Civ.- u. Krim.-Recht Bd. I. S. 231), wonach „das Rechtsverhältnis des Testamentsexekutors nicht als ein eigentümliches im System des Rechts, sondern analog zu behandeln" ist.

Unter die germanistischen Theorien ist wohl auch zu rubricieren die Sturm'sche vom sog. positiven Institut.

3. Wieder in Fluss gekommen ist die Frage nach der wahren Natur der Testamentsvollstreckung auf dem 21. deutschen Juristentag bei der Kritik des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches (B. G. B.), in dem der Testamentsvollstrecker (T.-V.[1]) als „gesetzlicher Vertreter der Erben" aufgefasst war[2]).

Im Kampf gegen die Bestimmungen des Entwurfs sind namentlich Gierke, Brunner und Hartmann zu nennen, von denen die ersteren beiden auf den Verhandlungen des Juristentages hauptsächlich im negativen Sinne wirkten, indem sie die Heranziehung falscher Analogieen geisselten und zu einer, dem eigentümlichen Charakter des Instituts entsprechenden Construktion und gesetzlichen Regelung aufforderten: Hartmann trat ausserdem in einem Gutachten mit einer positiven Construktion hervor. (Theorie der erbrechtlichen Eigenberechtigung des T-V.).

Das Ergebnis der Verhandlungen war, dass das bürgerliche Gesetzbuch von der als gänzlich verkehrt nachgewiesenen Auffassung einer „gesetzlichen Vertretung der Erben" durch den T-V. abgegangen ist und dafür den von Gierke betonten, historisch wie praktisch allein richtigen Gedanken zu Grunde gelegt hat, dass der T-V. „als Träger einer selbständigen erbrechtlichen Befugnissphäre anzusehen" ist.

Zum Schluss ist dann noch, auch neusten Datums, die in seiner 7. Aufl. des preussischen Privatrechts veränderte Meinung von Eccius zu registrieren, wonach er in der Verwaltung des T-V. eine juristische Persönlichkeit sieht.

Die hier aufgeführten Theorien, die ca. ein Dutzend betragen, sollen nicht hintereinander, der eigenen Darstellung vorweg, wiedergegeben und kritisch beleuchtet werden, sondern an einschlägiger Stelle bei und nach der Entwicklung der von uns vertretenen Ansicht.

---

[1]) Diese Abkürzung wird im Folgenden gewählt.

[2]) cf. § 1903. I. Entwf. BGB. und Motive Bd. V. S. 229. 234 ff. Diese Meinung vertritt heut nur noch Goldfeld, Streitfragen e. t. c. s. u. S. 31.

II. Sämtliche angezogenen Theorien — abgesehen von den allerneusten — sind in der gemeinrechtlichen Praxis nach oder nebeneinander vertreten worden[1]).

Auch das Reichsgericht hat nicht einen einheitlichen Standpunkt festgehalten, sondern schwankt durchaus in seinen Entscheidungen: cf. Bd. IX. Nr. 56; Bd. XIV. Nr. 73; Bd. XVI. Nr. 43: Bd. XXV. Nr. 62; Bd. XXXII. Nr. 39: Bd. XXXXII. Nr. 52. —

§ 3. Wesen und Wert der sog. juristischen Construction.

(Plan der Arbeit).

Den Zusammenhang einer rechtlichen Erscheinung mit der Rechtsidee darzulegen versuchen, nennen wir in der Rechtswissenschaft: juristische Konstruction. Man würde den Wert der Construction weit unterschätzen, wenn man sie lediglich als etwas sekundäres, als philosophische Spielerei auffassen wollte. Wie fruchtbar sie für unser Rechtsleben ist, zeigt die eigenartige Wechselwirkung zwischen ihr und der Praxis: der construierende Jurist, von den im Volke geübten Rechtssätzen ausgehend, sucht das gemeinsame Prinzip eines Normencomplexes, auf das die einzelnen Sätze sämtlich zurückzuführen sind, zu erkennen, — hierbei ist der Nutzen einer insbes. historischen Betrachtung des fragl. Institutes nicht zu unterschätzen — um dann wieder von dem aufgefundenen höheren Prinzip aus die Lücken, die in jedem (Gewohnheits- oder Gesetzes-) Recht früher oder später zu Tage treten, mit Sicherheit und der Gerechtigkeitsidee entsprechend auszufüllen.

Dass hiernach die Construktion eine um so grössere Bedeutung gewinnt, je spärlicher und unvollkommener ein Institut, wie z. B. das unsrige, entwickelt ist, leuchtet ein. Am ehesten ist der

[1]) cf. Näheres bei Sturm: Iherings Jahrbücher Bd. XX. S. 107 ff. und: die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem bürgerl. Gesetzbuch f. d. dtsche Reich S. 13 ff.

Mangel einer brauchbaren Construktion stets in der Judikatur zu merken, sobald sich die das fragliche Institut betreffenden Streitfälle mehren. Da fehlt das feste Rückgrat und statt seiner lehnt sich die Praxis schwankend je nach Lage des Falles bald an diese bald an jene Theorie an. Beispiele genug bieten bezüglich unseres Instituts die gemeinrechtliche, die preussische Praxis (Ober-Tribunal und Kammergericht) und nicht zum wenigsten die des höchsten Gerichtshofes, des Reichsgerichts. cf. oben S 16 u. Marcus, (die Testamentsvollstreckung nach dem BGB.) im Sächs. Archiv Bd. VIII. S. 54 ff.

Hat der construierende Jurist ein allgemeines, ein Grundprinzip für seine Lehre gefunden, so gilt es alsdann, das den Gegenstand der Untersuchung bildende Rechtsverhältnis in seine einzelnen Bestandteile zu zerlegen, die Akte, die es ins Leben rufen, die es alimentieren, die es beenden, die Stellung der beteiligten Personen zu einander u. s. w. zu betrachten und diese Erscheinungen im einzelnen wieder mit dem leitenden Prinzip und den hergebrachten Rechtsgrundsätzen in Einklang zu bringen. —

Damit wäre denn gleichzeitig der Plan für die gegenwärtige Arbeit, die einen Construktionsversuch bilden soll, vorgezeichnet.

I. Abschnitt.

Grundprinzip der Lehre.

Kapitel I.

§. 4. Entwicklung des Prinzips.

Dem Interesse einer Person, das Schicksal ihres Vermögens nach ihrem Tode zu bestimmen, dient u. a. die Institution des Testamentes in der Art, dass durch Willensäusserung in bestimmter Form vom Augenblick des Todes ab Dritten Rechte übertragen bezw. für sie begründet werden können (Vergabungen). Neben diesen Zuwendungen an Dritte — und von ihnen als eine besondere Gruppe letztwilliger Bestimmungen zu scheiden — giebt es natürlich vielerlei die Rechte modifizierende Anordnungen, Auflagen und Wünsche (welch letztere zum Teil die sterbliche Hülle des Erblassers selbst betreffen), an deren Erfüllung von den Ueberlebenden materiell niemand interessiert ist, die ausschliesslich vom Interesse des Erblassers getragen werden.

Wie im römischen Recht, so ist auch im modernen Recht die thatsächliche Ausführung aller dieser Bestimmungen in erster Linie Sache des Erben. Ob er freilich in concreto seiner Aufgabe in dem vom Erblasser gewünschten Sinne gerecht wird, das wird von seinen persönlichen Eigenschaften abhängen.

Die Realisierung der erwähnten zweiten Gruppe letztwilliger Anordnungen steht mehr als die der erstgenannten Vergabungen im guten Willen des Erben. Es existiert hier niemand, der ev. im Rechtsweg auf die Vollziehung dringen könnte. Leichtfertigkeit des Erben und Mangel an rechter Pietät können diese Be-

stimmungen illusorisch machen. Die thatsächliche Verwirklichung der ersten Gruppe von Verfügungen dagegen, der Vergabungen, wird in gewissem Masse durch den Egoismus der Bedachten verbürgt; sie werden schon die Ausführung betreiben. Und doch kann auch diesen Bestimmungen in der Person des Erben Gefahr drohen. Nicht jeder Erbe ist, wie ein Muster von Pietät, so ein umsichtiger Geschäftsmann, der eine gewissenhafte und geschickte Liquidation des Nachlasses fertigbringt, sodass am Schluss derselben die letztwillig Bedachten auch wirklich und ohne Mühe zu dem Ihrigen kommen. Und daran ist doch alles gelegen. Was würde ihnen noch viel ihr gutes Recht nützen, wenn erst einmal der Nachlass unter den ungeschickten Händen des oder der Erben zerronnen ist. Ihre Aussichten, dereinst in den Genuss des ihnen Zugewendeten zu kommen, sind dadurch denkbar schlechtere geworden, wenn anders überhaupt noch Aussichten vorhanden sind. Wie schlimm steht es unter solchen Umständen mit einem wohlgemeinten letzten Willen?! In gleicher Weise wie ein geschäftsunerfahrener Erbe kann der faktischen Ausführung der letztwilligen Bestimmungen die Einsetzung von Miterben verhängnisvoll werden, wenn die mehreren Erben infolge der natürlichen Collision ihrer Interessen in Verfeindung geraten sind; alsdann ist eine nur durch einheitliches Zusammengehn mögliche, befriedigende Liquidation ausgeschlossen.

Kennt nun ein Erblasser seine Erben, sei es als leichtfertig oder geschäftsunkundig, sei es als unter sich uneins oder gar böswillig, dann wird von vornherein sein Vertrauen in eine wirkliche Ausführung seines letzten Willens gering, sein Interesse daran ein grosses sein. Dieses erblasserischen Interesses nimmt sich, wie eines jeden berechtigten Interesses, die Rechtsordnung an und hilft hier mit unserem Institut, mit einer besonderen Testamentsvollstreckung. Sie giebt dem Erblasser an die Hand, eine Person, die sein volles Vertrauen besitzt, das bezüglich der Erben fehlt, zum Vollzieher seiner letztwilligen Bestimmungen zu ernennen, den Testamentsvollzieher, und rüstet ihn gleichzeitig, seinem Zweck entsprechend, mit den nötigen Machtbefugnissen aus (§ 13 ff.).

So ist denn als das dem Institut der Testamentsvollstreckung zu Grunde liegende Prinzip festzustellen: Anerkennung und Schutz des erblasserischen Interesses an der Ausführung seines letzten Willens[1]).

Kapitel II.

§. 5. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen.

(Vertreter - Theorien.)

An der Hand des Prinzips haben wir uns nun über die rechtliche Stellung des T.-V. im allgemeinen klar zu werden. Wen vertritt der T.-V., das ist die Frage; denn als ein Vertreter ist er von jeher aufgefasst worden; nur für wen, darüber fehlt jede Einigkeit.

I. Dass der T.-V. den Erblasser vertritt, kann nicht angenommen werden; denn nur wer Persönlichkeit hat, nicht auch Verstorbene, können im technischen Sinn vertreten werden.

Unser Prinzip hat uns gesagt: der T-V. wird im Dienst des von der Rechtsordnung anerkannten bestimmten Interesses des Erblassers thätig. Wie haben wir uns danach sein Verhältnis zum Testator zu denken? Wir meinen: er ist das Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Verstorbenen. Und damit soll — entfernt davon, nur ein neues Schlagwort in die alte Debatte werfen zu wollen — ein von der technischen Stellvertretung durchaus verschiedenes, im Rechtsleben typisch gewordenes Rechts-

[1]) Der Charakter, den der heutige T-V. trägt, ist derselbe geblieben, den bereits der alt-germanische Treuhänder in seiner Verbindung mit letztwilligen Vergabungen zeigt; die Jahrhunderte durchlaufende Entwicklung hat hieran nichts geändert. Er ist auch heut noch ein Werkzeug des letztwillig Vergabenden, im ausschliesslichen Dienste seines Interesses an der sicheren Realisierung der Zuwendungen auf den Todesfall. Wie im alten germanischen Recht ist auch derzeit die Vermittelung der Vergabungen durch eine Vertrauensperson nicht rechtlich geboten; ihre Zuziehung geschieht je nach dem Bedürfnis des einzelnen Falles aus praktischen Gründen. —

verhältnis bezeichnet werden. Der „Organ-"Begriff ist in der heutigen Jurisprudenz noch ein flüssiger. Im weiteren Sinne wird mit dem Namen „Organ" jede Person bezeichnet, die, unserm Interesse dienstbar, sich im Rechtsverkehr bethätigt. Der Begriff ist hier so weit, dass er Boten, Mandatare, Bevollmächtigte, gesetzliche Vertreter physischer wie juristischer Personen umspannt.

Der Begriff des Organs im engeren Sinne dagegen bildet einen Gegensatz zum Begriff des „Stellvertreters." Freilich wissen, wie Karlowa[1]) richtig bemerkt, unsere heutigen Pandektenlehrbücher nichts von diesem Unterschied, „obwohl doch jener Begriff, welcher zwar zunächst dem Staats- und Genossenschafts- bezw. Anstaltsrecht angehört, auch für das Privatrecht Bedeutung gewinnt und auf dem Gebiete dieses scharf von der Stellvertretung unterschieden werden muss[2])."

[1]) Karlowa, zur Lehre von den juristischen Personen (1888) Grünhuts Zeitschrift Bd. XV. S. 420.

[2]) Noch Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887), dem übrigens das Verdienst zukommt, zuerst die Verschiedenheit von „Organschaft" und Stellvertretung scharf hervorgehoben zu haben (S. 620 ff.), spricht dem Organbegriff im „Individualrecht" jede Berechtigung ab, er habe „ausserhalb des Bereiches der Gesamtpersonen schlechthin kein Vorbild" (S. 614 f. 623). — Schriftsteller, die sich mit der Frage beschäftigt hätten, in wie weit der Organbegriff über die Lehre von den juristischen Personen hinaus im Privatrecht heimisch und notwendig ist und hier eine bestimmte Entwicklung erfahren und einen festen Anwendungskreis erhalten hat, sind uns in der Litteratur, soweit wir sie übersehen, nicht begegnet.

Vereinzelte Spuren finden sich allerdings, aus denen ersichtlich ist, dass man mit dem Namen „Organ" bereits den unten zu entwickelnden typischen „Organ"-Begriff bezeichnet hat: letzterer selbst ist jedoch noch nicht klar erfasst und als Typus aufgestellt, wird aber bereits überall zur technischen Stellvertretung in Gegensatz gebracht, cf. z. B. Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht. (1885) S. 4 f.; Staub, Com. z. allg. dtsch. Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. 1897 in seinen Erläuterungen zu art. 114. § 1. S. 211 und zu art. 137 § 1. S. 262; Entscheidung des RG. in Zivil-Sachen Bd. XXIX. S. 29; Henrici (Stellung des Konkursverwalters) im Sächs.

Sehen wir uns zunächst das Rechtsverhältnis des Organs bei den sog. juristischen Personen an, bei denen der Begriff am frühsten eine wissenschaftliche Ausbildung erfahren hat, und suchen alsdann nachzuweisen, dass derselbe Organbegriff u. a. insbes. auch in der Lehre von der Testamentsvollstreckung nicht nur nicht Existenzberechtigung hat, sondern im Gegenteil nicht entbehrt werden kann.

Ohne eine knappe Darlegung unsrer Ueberzeugung vom Wesen der sog. juristischen Personen geht es freilich nicht ab[1]).

Neben dem Individualinteresse stehen von jeher Interessen, die allen mit einander lebenden Volksgenossen gemeinsam sind und als solche auch Pflege gefunden haben, sog. Gemeininteressen. Und zwar handelt es sich hier um solche Interessen, denen der einzelne für sich allein nicht wirksam Rechnung tragen kann, sodass zweckmässiger hier die Allgemeinheit für alle thätig wird[2]). Regelmässig können nun, gerade wie das Individualinteresse des einzelnen, — das liegt in der Natur der Sache, — auch allgemeine, soziale Interessen zur erfolgreichen und dauernden Realisierung einer materiellen Grundlage, des Vermögens, nicht entraten. Während nun aber das Individualinteresse von vornherein zum Träger eine bestimmte physische Person hat, die als

---

Arch. f. bürg. Recht u. Proz. Bd. II. S. 340, cf. auch Kohler („Über das Recht der Stiftungen") Archiv für bürgerl. Recht Bd. III. S. 254. 256, wo speziell zwischen der Stellung des T-V. und der des Organs einer Stiftung eine Parallele gezogen wird. — Auf die hier angeführten Stellen ist später zurückzukommen. —

[1]) Wir folgen in der Hauptsache Karlowa, Zur Lehre von den juristischen Personen, Grünhuts Zeitschrift Bd. XV. S. 381 ff. und Burchhard, ebenda Bd. XVIII. S. 1 ff., die den Boden der herrschenden Meinung, dass der Wille „der Kern der Rechtssubjektivität" des Menschen und auch der sog. juristischen Personen ist, verlassen. S. insb. Karlowa's Polemik S. 418 ff. gegen Gierke aaO. S. 620 ff.

[2]) So, um nur einige Beispiele herauszugreifen: das Interesse, bei Feuersgefahr schnelle und erfolgreiche Hilfe zu haben, oder: im Falle gänzlicher Mittellosigkeit und bei Krankheit Unterstützung und Pflege zu finden. Cf. hierzu O. Bähr, der Rechtsstaat S. 20 f.

natürliches Zentrum des für sie unentbehrlichen Vermögens erscheint und als Träger, Subjekt dieses Vermögens auch von der Rechtsordnung anerkannt worden ist, fehlt es bei den Gemeininteressen — eben weil sie sich aus vielen, in gleicher Richtung sich bewegenden Einzelinteressen zusammensetzen — an einem einheitlichen, physischen Träger, der zugleich Träger der Vermögensrechte (Rechtssubjekt) hätte werden können. Hätte nun die Rechtsordnung hier alle Vermögensrechte bezw. Verbindlichkeiten an die vielen, einzelnen Träger des gemeinsamen Interesses, die physischen Interessenten, geknüpft, dann hätte sie ihre Absicht, mit dem Vermögen dem Gesamtinteresse zu dienen, schwerlich erreicht; darum hat sie die Interessenzentren selbst zu Vermögenszentren gemacht und ihnen damit Rechtsträgerschaft, Rechtssubjektivität verliehen, gerade so, wie dem Einzelindividuum auch[1]). Zur Wahrnahme und Förderung des zum Rechtssubjekt erhobenen Gemeininteresses in vermögensrechtlicher Beziehung gehört, da das Interessenzentrum selbst weder Willens- noch Handlungsfähigkeit besitzt, wie sie nötig ist, um in rechtlichen Verkehr zu treten, ein besonderes Organ, welches beide Eigenschaften in sich vereinigt. Ein solches wird regelmässig gleich bei Benennung des Gemeininteresses (d. h. bei Errichtung der Stiftung, Korporation, Anstalt) bestimmt; es hat „anstatt" dieser einen Willen, den Geschäftswillen zu beschaffen und zu handeln.

So das Organ im technischen Sinn; während der Stellvertreter, — gewillkürter oder gesetzlicher, — stets eine willensfähige Person vertritt. Sein Wille steht neben dem des Vertretenen, höchstens qualitativ von ihm verschieden: er muss der eines Geschäftsfähigen sein, im Falle der gesetzlichen Stellvertretung; bei gewillkürter Vertretung ist nicht unbedingt vollkommene

[1]) Jenes erste als Beispiel angeführte Gemeininteresse, ins praktische Leben übersetzt, ist z. B. die juristische Person der „Freiwilligen Feuerwehr zu N. N." (Korporation), das zweite: „das Armen- und Siechenhaus Bethanien" (staatl. bezw. kommun. Anstalt) oder, wenn ein Privatmann das hier fragl. Gemeininteresse dotiert hat „das Karl Schulze-Krankenhaus" (Stiftung).

Geschäftsfähigkeit erfordert, es genügt eine beschränkte z. B. die eines Minderjährigen, wenn nur der Vertretene, in dessen Person das Geschäft zustande kommt, die dafür erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt.

Das Organ, da es keinen technisch Vertretenen hinter sich hat, in dessen Person die Geschäftsfähigkeit, die ihm selbst fehlt, verwirklicht sein könnte, da vielmehr einzig die Qualität seines persönliehen Willens für das Rechtsgeschäft massgebend ist, muss stets eine vollgeschäftsfähige Person sein.

Dasselbe, was hier von dem Organ eines Gemeininteresses (jurist: Person) gesagt ist, gilt u. a. auch vom T-V. Auch er steht als Organ im Dienste eines Interesses, das von der Rechtsordnung — als das Einzelindividuum überdauernd — pietätvoll geachtet und geschützt wird: es ist das Interesse des verstorbenen Erblassers an der Vollziehung seines Willens. Ein physischer Träger dieses Interesses existiert hier ebensowenig, wie man bei den sogen. juristischen Personen von einem konkreten physischen Träger jenes abstracten allgemeinen Interesses, sprechen kann. (S. o. S. 23).

Dass nun das beim Institut der Testamentsexekution in Betracht kommende Interesse nicht zur „juristischen" Person erhoben ist, wie wir es bei den sog. juristischen Personen beobachtet haben, ist nichts für die Stellung des Organs als solchen wesentliches; vielmehr ist, ob und wann sich die Rechtsordnung zu diesem Schritt entschliesst, eine Frage der Zweckmässigkeit, deren Beantwortung bei den sog. juristischen Personen im Sinne der Verleihung der Rechtssubjektivität erfolgen musste. (cf. S. 23). Hier lag ein elementares Bedürfnis dazu vor. Nicht so bei der Testamentsvollstreckung.

In unserer Lehre eine Subjektivierung des erblasserischen Interesses vorzunehmen, die Testamentsvollstreckung auch als sog. juristische Person aufzufassen, wäre gänzlich überflüssig, da sich ihre Zwecke vollkommen auch ohne diesen bedeutsamen Schritt verwirklichen lassen.

Zu seiner erfolgreichen Realisierung bedarf ja das Interesse

des Erblassers nicht so sehr – wie wir es bei den sog. juristischen Personen beobachtet haben — eines besonderen Vermögens, für das dann aus Zweckmässigkeitserwägungen ein besonderer Träger (Subjekt) in dem Interesse selbst gefunden werden müsste; seine Verwirklichung ruht hier vielmehr in erster Linie, wie schon die Geschichte unseres Instituts zeigt, auf einer ganz anderen Basis: auf der Treue, die der Treuhänder dem Verstorbenen bewahrt [1]) [2]).

Die Zahl der Fälle, in denen wir ausserhalb der Lehre von den sog. juristischen Personen mit den Grundsätzen der Stellvertretung nicht ausreichen, sondern zur Annahme einer Organ-

---

[1]) Dass die Durchführung des erblasserischen Interesses schlechthin ohne jede Vermögensmittel geschehen könne, ist im Text nicht gesagt. So bedarf der T.-V. z. B. für Prozesse, die er im Interesse der Vollziehung führt, für die Aufnahme eines notariellen Inventars u. s. w. einiger Geldmittel. Wie ihm die Rechtsordnung, ohne ihm selbst diesen Aufwand zuzumuten, dazu verhilft, darüber unten S. 54. 56. 74.

[2]) Im Anschluss an das Gesagte ist der Meinung von Eccius zu gedenken, der bei der Untersuchung der rechtlichen Stellung des T.-V. hinsichtlich seiner Verwaltung — wie wir meinen ohne zwingende Gründe — zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit kommt.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuss. Rechts 7. Aufl. S. 459: „So tritt die Verwaltung von Angelegenheiten des Erben, bei denen dessen Willenseinwirkung ausgeschlossen ist, und die zu dem Zweck, den der Erblasser verfolgt, selbständig vom T.-V. geführt werden soll, den Erben wie ein gesondertes selbständiges Rechtssubjekt gegenüber". S. 460. „Die Verwaltung soll, als ob sie ein vom Erben gesondertes Rechtssubjekt wäre, im Leben stehen. Das ist ein anderer Ausdruck dafür, dass die Verwaltung als Rechtssubjekt mit einem besonderen Kreis von Aktiven und Passiven fingiert wird, das handelnd und leidend in das Rechtsleben einzugreifen bestimmt ist; die Verwaltung des T.-V. ist somit eine eigentümliche juristische Persönlichkeit."

Diese Auffassung ist aber nicht konsequent durchgeführt; es finden sich bei Eccius im Lauf der Darstellung viele Konzessionen an den früher von ihm verfochtenen Gedanken, dass T.-V. die Erben vertrete. (Cf. S. 456. 471. N. 8).

schaft, mit demselben Charakter, wie wir sie bei den sog. jurist. Personen wahrnehmen konnten, gedrängt werden, lässt sich leicht vermehren. Einige Beispiele werden die Stellung des Organs in ein noch helleres Licht setzen.

Zahlreiche Pflegschafts-Fälle erheischen die Verwendung unseres Organbegriffs zu ihrer Construktion. cf. BGB. §§ 1912 ff.

Der Pflegschaft für eine Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte (BGB. § 1912. 1913 Satz 2) liegt der Gedanke zu Grunde, dass z. Z. noch Ungeborne als dereinstige Rechtssubjekte Schutz verdienen, sofern es sich um die Gestaltung ihrer künftigen Vermögenslage handelt. Indem die Rechtsordnung ein solches Interesse in abstracto anerkennt, stellt sie im konkreten Falle unbeteiligte Personen in den Dienst dieses Interesses. Solchen Personen kann unmöglich der Charakter technischer Stellvertreter eignen; sie sind vielmehr selbständige Organe eines schutzwürdigen Interesses, das (noch) keinen Träger hat.

Der Fall des § 1914 BGB.[1]) liegt gleich: In einer öffentlichen Sammlung — sei es auch nur zu einem vorübergehenden Zweck — kündet sich ein Gemeininteresse an, das von den verschiedensten Seiten durch Beiträge alimentiert wird. Fallen die zur Verwaltung und Verwendung des Vermögens berufenen Personen[2]) fort, so kann von Amtswegen an ihrer Stelle jemand bestellt werden, der ihre Aufgabe zu Ende führt. Wen oder was vertritt eine solche Person? Antwort: Ein vertretbares Subjekt ist garnicht vorhanden; wir haben den Typus unseres Organs vor uns, welches das der Sammlung zu Grunde liegende Interesse wahrnimmt. Dass die Rechtsordnung das hier fragl. Interesse nicht zur juristischen Person erhoben hat, wie bei den sog. juristischen Per-

[1]) § 1914: Ist durch eine öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht worden, so kann zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden, wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind.

[2]) — die u. E. selbst schon nichts anderes sind als Organe im Dienste jenes Interesses —

sonen (S. 23), liegt wohl an dem vorübergehenden Zweck solcher Sammlungen; eine so geringfügige causa kann solchen bedeutsamen Schritt nicht rechtfertigen[1]).

Es gehört ferner hierher die Konkursverwaltung. Der Stellvertreterbegriff kann in dieser Lehre nicht wohl verwendet werden: weder Kridar, noch Masse, noch Gläubigerschaft werden durch den Konkursverwalter technisch vertreten. Dass die dahin gehenden Meinungen sämtlich nicht richtig sein können, zeigen die aus jeder im einzelnen — für das materielle und das Prozessrecht — zu ziehenden Konsequenzen; die offenbaren Schwächen jeder einzelnen Meinung sind in der Theorie genugsam behandelt (hierzu RG. XXIX. S. 35. 36.). Der Konkursverwalter steht nicht als ein Vertreter im Dienste dieser oder jener Gruppe von Interessierten, er wird vielmehr für ein allgemeineres Interesse thätig, dessen selbständiges Organ er ist: es ist das öffentliche Interesse an einer möglichst geschickten, sich objektiv haltenden und darum allen Beteiligten gleich gerecht werdenden Liquidation des Vermögens eines Gemeinschuldners[2]).

Der Gedanke, dass es dieses Interesse ist, welches im Institut der Konkursverwaltung seine rechtliche Anerkennung erfahren hat, findet sich bereits in der oben erwähnten Entsch. d. Reichsgerichts in Civ. Sach. Bd. XXIX. N. 10. S. 36[3]). (Henrici, Sächs. Arch. Bd. II. aaO. S. 340).

---

[1]) Infolgedessen wird in der Wissenschaft über die rechtliche Zugehörigkeit des zusammengebrachten Vermögens lebhaft gestritten. s. Gierke, deutsches Privatrecht I. § 80. N. 43 und die hier Zitierten, auch A. Schultze aaO. S. 4. N. 18. S. 48 zu Note 8. —

[2]) Dass die Rechtsordnung, wo in concreto dieses Bedürfnis dringend wird, ihm nicht wie bei den sog. jurist. Personen Rechtssubjektivität beigelegt hat, ist aus denselben Gründen wie oben S. 25 zu erklären. S. auch das. Note 1.

[3]) Es heisst hier: Der Konkursverwalter sei „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt.“ Mit dieser Ent-

Sollen wir das Ergebnis der Erörterung über das Organ im technischen Sinn zusammenfassen, so ist zu sagen: Der Organbegriff hat überall da statt, wo jemand für ein rechtlich anerkanntes (zum Rechtssubjekt erhobenes oder nicht subjektiviertes) Interesse (allgemeinen oder privaten Charakters), das einen greifbaren physischen Träger und Vertreter entweder (nach der Natur der Sache überhaupt) nicht [1]) oder noch nicht [2]) oder nicht mehr [3]) hat, in einer der technischen Stellvertretung fremden Selbständig-

---

scheidung hat das Reichsgericht, die Untauglichkeit der Lehre von der Stellvertretung zur jurist. Construktion des ganzen Verhältnisses erkennend, sich zu einer freieren Anschauung durchgerungen. Davon, dass der hier auftauchende Organbegriff ein im Rechtsleben typischer ist, findet sich in der Entscheidung jedoch noch nichts. — Wie die Konkursverwaltung ist z. B. auch das ihr analoge Institut der Liquidation einer Handelsgesellschaft, ein Anwendungsfall des Organbegriffs. Hierzu Staub, Com. z. allg. dtsch. HGB. 5. Aufl. 1897 zu Art. 137 § 1: Sie — die Liquidatoren — sind das Organ der liquidierenden Gesellschaft, wie der Vorstand das Organ einer Aktiengesellschaft.

Auch für die richtige Construktion der offenen Handelsgesellschaft selbst ist der Organbegriff unentbehrlich. Hierzu wiederum Staub aaO. zu Art. 114. § 1. S. 211. „Der Unterschied — des einzelnen Gesellschafters vom Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen der Gesellschaft — ist ein qualitativer, begrifflicher. Der Handlungsbevollmächtigte und Prokurist ist bestellter Vertreter, der Gesellschafter der geborene Vertreter der Gesellschaft; der Gesellschafter ist nicht Bevollmächtigter, sondern Organ der Gesellschaft, dasjenige Organ, welches für die Gesamtheit der Gesellschafter handelnd auftritt, das gemeinsame Interesse der zur Gesellschaft vereinigten Personen wahrnimmt . . . . . Selbst wenn im gegebenen Fall alle Gesellschafter bei einem Rechtsakt mitwirken sollten, so treten sie doch nicht als Vertreter ihrer Einzelinteressen, sondern jeder als Vertreter der Gesamtheit auf . . . . . "

[1]) (s. S 23).

[2]) (s. S. 26).

[3]) (s. S. 24).

keit thätig wird. Die Rechtsmacht des Organs im einzelnen Fall, ist dem Interesse, dem es dienen soll, entsprechend bemessen. (Bezügl. des T.-V. cf. S. 54. ff.[1])

II. Von den sog. Vertreter-Theorien, denen wir uns jetzt zuwenden, ist die der Erblasser-Vertretung schon oben mit dem Hinweis, dass nur lebende Personen, nicht auch Tote vertreten werden können, verworfen.

Beselers Theorie von der formellen Repräsentation des Erblassers durch den T.-V. bringt uns einen ganz neuen, für juristische Deduktionen leider unfruchtbaren Begriff, wenn gleich der Gedanke, auf dem sie ruht, der richtige ist. Beseler selbst giebt übrigens zu, dass man mit diesem Prinzip zur Entwicklung der Lehre nicht ausreiche. „Ja die Schwierigkeit beginnt erst recht, wenn es sich um die Darstellung des einzelnen,

[1]) Zum Schluss dieses Abschnits noch eine kurze Bemerkung über das Wort Organ: In einer deutschrechtlichen Arbeit, wie die vorliegende, die heutige rechtliche Stellung des alt germanischen Treuhänders mit einem Fremdwort, „Organ“ bezeichnen zu müssen, ist keine eben glückliche Lage. Und doch war es nicht zu umgehen. Mit dem Begriff musste die dafür eingebürgerte Bezeichnung der Körperschafts- und Anstaltslehre herübergenommen werden. Man hätte daran denken können, den T.-V. dem modernen Pfleger an die Seite zu stellen (s. oben S. 26) und ihn auch deutsch so zu bezeichnen. Dies ist jedoch um deswillen nicht wohl angängig, weil heut im Grunde ganz verschieden geartete Verhältnisse „Pflegschaften“ genannt werden; „Pfleger“ ist kein fester typischer, insbes. mit dem oben entwickelten Organbegriff zusammenfallender Begriff. Man vergleiche z. B. die oben (S. 26) schon besprochenen Fälle der §§ 1912–14 BGB. (Pflegschaft für eine Leibesfrucht, für ein durch öffentl. Sammlung zusammengebrachtes Vermögen . . . .) und dazu § 1909 (sog. „Aushilfspflegschaft“ neben der elterlichen Gewalt und Vormundschaft oder für diese) § 1910 (Gebrechlichkeitspflegschaft) § 1911 (Abwesenheitspflegschaft) § 1960 (Nachlasspflegschaft). Während jene ersten Fälle von Pflegschaft, wie wir sahen, als Anwendungsformen des Organbegriffs erscheinen, trägt in den §§ 1909–11 der Pfleger den Charakter eines gesetzlichen Vertreters im technischen Sinn (s. oben S. 23).

und namentlich um das Verhältnis des Exekutors zum Erben handelt [1])."

Wir haben uns nun noch mit den Theorien der „Erben"-Vertretung und „Nachlass"-Vertretung auseinander zu setzen.

III. Erben-Vertretung. Die Testamentsexekutoren seien, sagt Gerber[2]), weil und „insofern — die Vollziehung des erblasserischen Willens — an und für sich Sache der Erben ist, als Vertreter der Interessen der letzteren aufzufassen". Dies ist erstlich kein zwingender logischer Schluss, und sodann ist diese Meinung aus historischen wie aus Gründen, die sich zur Evidenz aus der Natur der Sache ergeben, zu verwerfen: Letztwillige Verfügungen neben der Erbeseinsetzung sind zweifellos i. d. R. nicht im Interesse des Erben; und so kollidiert auch die Vollziehung solcher Bestimmungen des Testaments durchaus mit dem Vorteil des Erben[3]). Der T-V. kann also unmöglich, indem er sie vollzieht, als Vertreter der Erbinteressen handeln[4]). Aus welcher Quelle schöpfte T.-V. zudem seine Vertretungsbefugnis? — Sollte etwa der Erblasser die Macht haben, einem Dritten, vollkommen handlungsfähigen, dem Erben, über seinen Kopf hinweg, wider seinen Willen und von ihm nicht widerruflich, eine Stellvertretung aufzuoktroyieren, die ihn, sobald T.-V. nur innerhalb seines Kreises von Geschäften handelt, unmittelbar und unbeschränkt, verpflichtet? Das wäre eine abnorme Erscheinung unseres Rechtslebens, die mit dem, was wir sonst über die Begründung und das Wesen der Stellvertretung wissen, nicht zu vereinigen ist[5]).

[1]) Beseler aaO. Z. IX. S. 165 ff.

[2]) Gerber, deutsches Privatrecht 7. Aufl. § 312 S. 546.

[3]) cf. hierzu Hartmann, in den Verhandlungen des 21. dtsch. Juristentages I S. 8 f., Gierke eodem III. 226 f.

[4]) cf. auch hierzu unten S. 76 ff. die Erörterungen über die Verwendung des Stellvertretungs-Begriffes in unsrer Lehre.

[5]) Nur das ist den Vertretern des hier als falsch bekämpften Prinzips der „Erbinteressen"-Vertretung zuzugeben, — und das steht keineswegs im Widerspruch mit unserem Prinzip, — dass T.-V. die Interessen der Erben pp. insofern wahren muss, als er sie nicht ver-

Für die hier besprochene Ansicht sind ausser Gerber eingetreten: Roth, Bairisches Zivilrecht § 389. Nr. 17; Hinschius, Preussische Anwaltszeitung S. 763 ff; Förster-Eccius in seinen früheren Auflagen des preuss. Privatrechts; Unger, System des Östreichischen Zivilrechts 1879. Bd. VI. § 27 S. 123 N. 7; Koeppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 586: auch Randa, der Erwerb der Erbschaft § 7. S. 73 ff., ferner der Entwurf des BGB. mit der Besonderheit, dass er den T.-V. unmittelbar kraft Gesetzes die ungeheuerliche Vertretungsmacht beilegt. Motive Bd. V. 229. 234 ff.; so auch Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht S. 82 ff. 90 ff. (Speziell diese Ansicht hat eine glänzende Widerlegung erfahren von Hartmann, Verhdl. d. 21. Juristentages Bd. I. 6 ff. Gierke eod. Bd. III. 225 f. u. Entwurf etc. S. 520 ff.). Auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts III § 567 Nr. 7. der das Institut der Testamentsvollstreckung nach Analogie einer Vormundschaft für den Erben behandelt wissen will, wobei diejenigen Konsequenzen fortzulassen seien, die sich daraus ergeben, dass die Vormundschaft im öffentlichen Interesse geschieht und die Uebernahme derselben öffentliche Pflicht sei. — Entschdg. d. RG. Bd. XVI. Nr. 43. S. 189. (dagegen Entschdg. Bd. XXV. Nr. 62. S. 292 ff.) cf. auch Entschdg. Bd. XXXXII. Nr. 52. S. 223[1]).

IV. Nachlass-Vertretung. Nach der Ansicht von Dernburg,

---

letzen darf. (cf. hierzu was Kohler, Leitfaden d. Konkursrechts S. 107 über die Stellung des Konkursverwalters zum Kridar sagt). — Ganz richtig sagt Fischer in seinen Erörterungen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs des BGB. (Bekker u. Fischer, Beiträge Heft VI. S. 60. a. 2): „Er (der T.-V.) ist Verfüger über fremde Rechte, ohne Stellvertreter zu sein." Hiermit hat Fischer freilich nur negativ diese Seite des Verhältnisses richtig gekennzeichnet, wen oder was — positiv der T.-V. vertrete, dazu ist nicht Stellung genommen.

[1]) Nach Lissauer, die juristische Natur des T.-V. (1896) S. 41 f. trägt der T.-V. einen Janus-Kopf: bald ist er Vertreter der Interessen des Erblassers, bald vertritt er die Erben und Legatare. Die Arbeit lässt ein festes Prinzip vermissen. Ebenso schon Entschdg. d. RG. Bd IX. Nr. 56. —

Pandekten § 124 Bd. II. ist der T.-V. als Vertreter des Nachlasses anzusehen. Dieser Meinung kann man sich, abgesehen davon, dass sie die Grundidee der Lehre nicht trifft, u. E. schon deswegen nicht anschliessen, weil man gezwungen wird, den Nachlass, auch nach Antritt der Erben als vertretbares Subjekt also doch wohl als juristische Person, eine Art Zweckvermögen, zu betrachten, während in Wahrheit doch die hereditas Eigentum der Erben ist und Objekt der Verwaltung und Verteilung.

Auch Sturm, die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich S. 15 spricht von einer Nachlassvertretung, verwahrt sich aber gleichwohl mit aller Entschiedenheit dagegen, den Nachlass als juristische Person zu betrachten. Anstatt diesen Schritt zu thun, zieht er sich zurück (S. 19) hinter den Begriff der „positiven Institute“, — seine „eigenste Aufstellung“, — zu denen die Testamentsvollstreckung gehöre. Dieser Begriff mache die Annahme, der Nachlass sei Subjekt und jurist. Person, unnötig. Auf S. 15 sagt Sturm unter h) „Meine Theorie“ am Ende wörtlich:

> „Mit Vertrags- und Stellvertretungstheorien des Obligationenrechts kommen wir hier nicht weiter, denn wir haben ein „positives Institut“ des Erbrechts vor uns. Infolge des durch die Rechtsgeschichte hervorgerufenen Gesetzes haben wir ein Rechtsinstitut, welches dem Testamentsvollstrecker das Recht und die Pflicht giebt, dem Erblasser die Treue über den Tod hinaus zu wahren und zum Zwecke der Vollziehung seines Willens den Nachlass zu vertreten.“

Bei dieser Auseinandersetzung ist nicht zu erkennen, warum den Autor seine Annahme eines „positiven Instituts“ gerade zu der Folgerung einer Nachlass-Vertretung zwingt. Man hätte viel eher, — wenn man nach den Eingangssätzen überhaupt noch eine Folgerung erwartete — erwarten sollen, dass Sturm fortführe: „und zum Zwecke der Vollziehung seines Willens ‚den Erblasser‘ zu vertreten.“

Näheres darüber, was Sturm eigentlich unter einem positiven Institut versteht, entnehmen wir S. 59. aaO:

„Aus den Normen selbst erhellt, dass die Testamentsvollstreckung als positives Institut d. h. als eine Einrichtung ins Recht gestellt worden ist, die weder im Vertragsrecht, im Erbrecht noch sonst eine Analogie hat, noch eine Erklärung daraus verträgt sondern auf selbständigem Fundament ruht; und zwar hier auf der Erwägung, dass auch in der modernen Welt dieses germanische Treuverhältnis über den Tod hinaus im Recht zu schützen ist.“ „Das positive Institut besteht darin, dass der Vollstrecker dem Herrn über den Tod hinaus die Treue wahrt, darin vom Gesetz zur Vollziehung des letzten Willens geschützt wird, und so den Nachlass vertritt.“

Dass Sturm thatsächlich den Nachlass als Rechtssubjekt denkt, darauf weisen Sätze, wie S 44 bzw. 42.

„Erwirbt der Exekutor etwas, so erwirbt er für den Nachlass.“

„Die rechtlichen Wirkungen dieses Besitzes (des T.-V.) treffen nicht den Erben- sondern den Nachlass.“

Ins Grundbuch aber könne der Nachlass nicht eingetragen werden, sondern nur „der Name seines faktischen Eigentümers.“ (S. 44).

„Die Testamentsvollstreckung erscheint . . . . . als eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer bestimmten Person, als vielmehr für ein bestimmtes Vermögen als solches.“ (S. 28).

Das Alles ist u. E. nicht konsequent und streng logisch.

Sturm hat wohl die Grundidee unserer Lehre erkannt, aber er giebt nicht — und das wohl mit Rücksicht auf den von ihm eingeführten eigentümlichen Begriff des „positiven Instituts“ — eine mit Hilfe der Rechtslogik gewonnene, juristisch greifbare Construktion. —

II. Abschnitt.

Darstellung der Lehre im einzelnen [1]).

Kapitel I.

Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erblasser.

A. Berufung des Vollstreckers.

I.

§ 6. Form der Berufung.

I. Die Ernennung eines T.-V. pflegt zur Klasse der letztwilligen Verfügungen gerechnet zu werden; und so wird man auch annehmen müssen, dass sich eine diesbezügliche Anordnung in den Formen letztwilliger Verfügungen bewegen muss. Darin bestärkt die Erwägung, dass der Erbe von jeher, — wie er durch einen rechtsförmigen Akt eingesetzt werden muss, — so auch nur durch rechtsförmige letztwillige Anordnungen in seinem Recht als Universalsuccessor beschränkt und gebunden werden kann [2]). Und dass in der Berufung eines T.-V. für den Erben eine starke Beschränkung seiner ursprünglichen Stellung liegt,

[1]) Von der Testamentsvollstreckung nach dem BGB. handeln: Boehm, das Erbrecht d. BGB. § 42–48; Strohal, das dtsche. Erbrecht nach dem BGB § 17; Bunsen, Einfg. in d. BGB § 83–91; Krückmann, Institutionen des BGB. § 156; v. Buchka, Vergleich. Darstellg. des BGB u. des gemeinen Rechts § 51; Endemann, Einführg. in das Studium d. BGB. Bd. III. § 52—55; Matthiass, Lehrbuch des bürgl. Rechts Bd. II. § 163. — Marcus (Die Testamentsvollstreckung nach d. BGB.) i. Sächs. Arch. Bd. VIII. S. 53–77.

[2]) Cf. Förster-Eccius aaO. § 255 a. 49.

wird niemand verkennen. Die Bestellung eines Testamentsvollstreckers muss also gemeinrechtlich in einem Testament oder Codicill geschehen. In einem Erbvertrage die Ernennung eines T.-V. zuzulassen so, dass diese Bestimmung mit den anderen Vertragsbestimmungen für den Paciscenten unwiderruflich wird, muss schweren Bedenken unterliegen. Gerade die Stellung eines T.-V. ist eine Vertrauensstellung wie nur eine. Es muss daher prinzipiell dem Erblasser, falls sein besonderes Zutrauen zu der für das Amt in Aussicht genommenen Person später erschüttert wird, jederzeit ein einseitiger Widerruf dieser letztwilligen Anordnung offen bleiben.

Das BGB. trifft hier das richtige: Wie im gemeinen Recht wird der T.-V. regelmässig durch Testament ernannt (§ 2197.), indem BGB. unter Testament jede einseitige letztwillige Verfügung — also auch die Codizille — versteht (§ 1937.). Was seine Ernennung in den Erbverträgen betrifft, so ordnet § 2278 Abs. 2 an: „Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können vertragsmässig nicht getroffen werden", m. a. W. die Ernennung eines T.-V. ist stets nur einseitig und widerruflich möglich; mit diesem Charakter kann sie aber auch giltig in einem Erbvertrag stehen. Hierüber § 2299 Abs. 1 BGB.

II. Von vielen wird auch die Bestellung eines T.-V. durch einen Vertrag, den der Erblasser mit ihm bei Lebzeiten schliesst, zugelassen[1]).

Ein solcher Vertrag mit dem Testamentsvollstrecker rückt die Ernennung in das Gebiet des Obligationenrechts; und dahin

[1]) So z. B. Gengler, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen § 192. S. 711. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts § 309. Gerber, aaO § 312 Nr. 8. Platner aaO. S. 106; Glücks Kommentar d. Pand. Bd. XXXXIII. S. 409; cf auch Bairisch. Landrecht Th III. Kap. II. § 16. 4. Sächs. BGB. § 2230; Hinschius, Preussische Anwaltszeitung 1866. S 776 nimmt einen Vertrag ad hoc an, Förster-Eccius aaO. S 467 ein von den Erben widerrufliches mandatum post mortem. — Dagegen hat sich erklärt: Beseler in der Zeitschrift f. dtsch. Recht Bd. 9. S. 181 f. cf. auch Bluntschli aaO. S. 566. 2). —

gehört sie nicht. Das Interesse des Erblassers an der Vollziehung seines letzten Willens ist kein vermögensrechtliches, das — zusammen mit dem frgl. Rechtsverhältnis — auf seine Erben überginge, und dessen Nicht-Realisierung für sie eine Schadensklage schaffte. Vielmehr ist das erblasserische Interesse ein rein ideales, dessen Wahrnahme er vertrauensvoll in die Hände eines Freundes legt. Nicht der obligatorische Zwang, sondern das Vertrauen, die Treue, bilden die Basis dieses Verhältnisses. Wie absonderlich wäre auch eine Klage der Erben auf Erfüllung aus dem Vertrag ihres Erblassers mit dem T.-V., ganz abgesehen davon, dass eine solche sicherlich nicht im Sinne des Verstorbenen wäre, der für die Erzwingung der erhofften Treue gewiss danken würde[1]).

III. Schliesslich bedarf es kaum noch der Erwähnung, dass der Erblasser, auch ohne etwas anderes zu bestimmen, — also bei im übrigen gesetzlicher Erbfolge — einen, (wenn auch nicht im wahren Sinne des Wortes „Testament-“) Vollzieher ernennen kann. Dieser Satz steht mit der Grundidee des Instituts in vollem Einklang. In dem hier fraglichen Falle würde sich dann der letzte Wille des Erblassers mit den Intentionen des die Intestaterbfoge ordnenden Gesetzgebers decken. Die Gründe, die es auch bei gesetzlicher Erbfolge dem Erblasser wünschenswert erscheinen lassen können, die Regulierung des Nachlasses in die geübte Hand eines Vertrauensmannes zu legen, sind dieselben, welche auch die Ernennung eines T.-V. im Testament herbeiführen können z. B. Uneinigkeit oder Verfeindung der Miterben, Geschäftsunerfahrenheit u. s. w. (s. S. 19).

Auch die Bestimmungen des BGB. lassen Raum für eine Testamentsvollziehung bei im übrigen gesetzlicher Erbfolge. —

[1]) Solche Konsequenz scheinen diejenigen Schriftsteller, die die Vertragsform zulassen, nicht zu scheuen. Vgl. z. B. Gengler aaO.; auch Dernburg, Preuss. Privatrecht III. S. 484.

II.

§ 7. Die rechtliche Natur des Berufungsaktes

I. Man hat die Ernennung d. T.-V., auch wenn sie nicht in der von vielen für zulässig erachteten Vertragsform, sondern einseitig geschehen ist, als Mandat aufgefasst, unwiderruflich für den — verstorbenen — Mandanten und ferner seien „stillschweigend und nach der Natur der Sache seine Rechtsnachfolger vom Widerruf ausgeschlossen." (So vor allem: Randa, der Erwerb der Erbschaft S. 73 ff. 79 a. cf. auch Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 504 u. Unger, aaO. § 27. Note 7. Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht S. 67—71. 75). Also ist die „Natur der Sache" doch wohl eine andere als ein einfaches Mandatsverhältnis: (1) das Mandat ist, wie im römischen so im gemeinen Recht, stets ein Vertrag unter Lebenden und keine letztwillige Verfügung. Dass ein Mandat nach dem Tode des Mandanten „angenommen" werden könne, davon kann keine Rede sein. Und wenn man nun ausnahmsweise ein unter Lebenden zustande gekommenes Mandatsverhältnis nicht durch den Tod des Auftraggebers erlöschen, sondern auf seine Erben übergehen liess (mandatum post mortem 12, 17. 13, D. 17, 1), so hat man doch nie eine Haupteigenschaft des Mandats: seine Widerruflichkeit durch den Mandanten oder seinen Successor eliminiert. (2) Aber abgesehen von diesen Einwendungen hätte das hier fragliche Mandat auch einen, dem typischen Mandat ganz fremden, eigentümlichen — um nicht zu sagen: ungeheuerlichen — Inhalt: Ein Mandant (Erblasser) beauftragt hier einen Mandatar (T.-V.), Geschäfte einer dritten Person (die Nachlassregulierung des Erben) mit unmittelbarer Wirkung für diese zu besorgen, und der dritte muss den Auftrag und die Ausführung ruhig dulden! Aus dem Mandat werden die Erscheinungen der Testamentsexekution nie zu erklären sein, hier muss man vielmehr auf den eigentümlich-erbrechtlichen Charakter des Instituts zurückgehen[1]).

II. Lässt sich vielleicht in der Bestellung eines T.-V. der einseitige Akt einer Vollmachtserteilung sehen?

cf. Hinschius, Anw. Zeitung 763 ff, Sturm aaO. 27. 31. Wir glauben: nein. Vollmacht ist ein fester, relativer Begriff: die Ermächtigung, im Rechtsverkehr mit unmittelbarer Wirkung für den Machtgeber thätig zu werden. Sie ist nur denkbar als a) konventionelle, sodass derjenige, für den die Rechtswirkungen erzeugt werden sollen, sie unter Lebenden erteilt oder b) als gesetzliche, so dass die Rechtsordnung ex magna et justa causa für eine Person einen Vertreter bestellt.

Den T.-V. als Bevollmächtigten des ihn letztwillig berufenden Erblassers in der angegebenen Art zu denken, ist nicht möglich; denn mit seinem Tode scheidet der Testator aus dem Rechtsverkehr aus, ein Handeln mit Effekt für ihn ist ein Unding.

Die technische Vollmacht erlischt denn auch naturgemäss regelmässig mit dem Ableben des Machtgebers. Die Macht des T.-V. beginnt aber gerade erst im Moment des Todes des Erblassers; und die kraft derselben vorgenommenen Handlungen wirken nicht für den Erblasser sondern für Dritte, die Erben.

---

[1]) Die wohl am meisten verfehlte Theorie, die über die Natur der Berufung des T.-V. aufgestellt ist und hier in der Anmerkung erwähnt werden soll, ist die Legatstheorie von Koch (Erbrecht S. 339): Hiernach ist in der Anordnung einer Testamentsexekution ein Vermächtnis zu erblicken. T.-V. sei ein letztwillig Onerierter, der in den meisten Fällen auch ein Honorierter sein werde.

Die längst aufgegebene Theorie scheitert daran, dass das erste wesentliche Begriffsmerkmal des Vermächtnisses: Die Zuwendung eines Vermögensvorteils bei Einsetzung eines T. V. etwas durchaus Zufälliges ist; und umgekehrt, während beim Legat eine Belastung irgend welcher Art, Auferlegung von Verpflichtungen pp. als accidentale erscheint, gehört gerade ein Kreis von Pflichten, die im Interesse der Vollziehung des letzten Willens vom T.-V. übernommen werden, zum Wesen des Instituts.

Der der Theorie anhaftende Grundfehler tritt schon in Kochs eigener Fassung hervor. Ueber die Legatstheorie des Durandus s. neuerdings Goldfeld aaO. S. 76 ff.

Man würde hiernach dem Begriff der Vollmacht Gewalt anthun müssen, wenn man ihn auf den Akt der Ernennung des T.-V. anwenden wollte[1]).

III. Lässt sich die Ernennung des T. V. unmöglich als Vollmacht im techn. Sinn auffassen, so ist sie doch zweifellos zur Klasse der sog. Ermächtigungsgeschäfte zu rechnen[2]) und zwar ist sie ein einseitiger, letztwilliger Akt; etwa wie die Benennung eines Vormundes für die Kinder im Testament. Hier ist es die Ermächtigung an eine Vertrauensperson, für das Wohl der Kinder zu sorgen, dort, für das Interesse des Erblassers an der Ausführung seines letzten Willens einzutreten und es wahrzunehmen.

Da die in der Berufung eines T.-V. liegende Ermächtigung — wie die Vollmachtserteilung — ein einseitiger Akt ist, so bedarf sie grundsätzlich nicht der Annahme, sondern es genügt, dass sie dem zukommt, an den sie sich wendet.

T.-V. muss also vom Tode des Erblassers und seiner eigenen Ernennung Kenntnis erlangt haben. Mit diesem Augenblick kann T.-V. im Interesse seines Machtgebers wirken und sich als Vollstrecker gerieren, insb. braucht er nicht den Antritt der Erben abzuwarten. cf. auch BGB. § 2213 Abs. 2 in Verbindung mit § 1958.

Die Ermächtigung erzeugt, — wie die Vollmacht — bei dem Ermächtigten keine Pflicht, auf die Machterteilung hin thätig zu werden; vielmehr kommt es auf das freie Belieben des Er-

---

[1]) Es mag übrigens hier nicht unerwähnt bleiben, dass sich bei der Besprechung des Entwurfs des BGB. auf dem 21 Juristentag ein lebhafter Streit entspann (Protokolle S 252—257), wie die dem T.-V. übertragene Macht zu kennzeichnen sei, ob insbes. als Vollmacht Wenn schliesslich doch dieser Ausdruck anstatt der Worte „selbständige Befugnissphäre", „Willen macht" in die vom Referenten formulierten Sätze aufgenommen wurde, so geschah das nur, weil dessen Formulierung „juristisch etwas schwer ins Gemüt ging", und unter der Vereinbarung, darin keine juristische Construktion sehen zu wollen. —

[2]) Bekker, Pandekten 1889. Bd. II § 106 und Beilage III.

nannten an, ob er dem Verstorbenen zuliebe die Vollziehung besorgen und so das in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertigen will[1]).

Entschliesst er sich dazu, dann stattet ihn die Rechtsordnung zur erfolgreichen Realisierung des anerkannten erblasserischen Interesses mit den nötigen Befugnissen aus.

Die letztwillige Ermächtigung verleiht im Gegensatz zur Vollmacht (relativer Begriff) lediglich Rechtsmacht (absoluter Begrift), „Rechtsmacht auf dingliche Wirkung beschränkt", auf Wirkung für den Nachlass (cf. § 19.), der T.-V. übt sie im eigenen Namen aus[2]).

Da, wie wir sehen, von einer Vollmacht, kraft deren jemand für einen anderen handelt, beim T.-V. nicht die Rede sein kann, so ergiebt sich daraus die Selbständigkeit, die dem T.-V. als Organ des erblasserischen Interesses inne wohnt. — Dieses Interesse treu zu wahren, ist er dem Toten gegenüber lediglich moralisch verpflichtet; ihm kann er nicht mehr verantwortlich werden, wohl aber — und zwar wenn er seine fiduziarische d. h. auf seiner Treue gegen den Erblasser beruhende Macht ungetreu missbraucht, — denen, die durch seine Handlungen — quoad hereditatem — betroffen werden: Erben, Legataren, Gläubigern. Hierüber cf. § 19. a. E. u. 20.

Anhang: Die neueren Gesetzbücher, auch das BGB., sprechen von der Stellung des T.-V. — wohl gerade mit Rücksicht auf seine grosse Selbständigkeit und Unabhängigkeit — als einem Amt. Der Ausdruck ist kurz, und da kaum jemand bei dem privatrechtlichen Charakter unseres Instituts an ein Amt im publizistischen Sinne denken wird, nicht verwirrend.

IV. BGB. § 2202 hat den Beginn des Amtes des T.V. ab-

[1]) Das Landesrecht, so z. B. Bairisch. Notariatsgesetz (10 XI. 1861.) Art. 29 ff., statuiert vielfach bezügl. der Notare eine Uebernahmepflicht Auch künftig hat die Landesgesetzgebung darin freie Hand. cf. Motive zum Entwurf B.V. S. 221.

[2]) Mit der Vollmacht kommt die Rechtsmacht nur darin überein, dass die kraft ihrer vorgenommenen Rechtsgeschäfte (negativ:) in ihrer Wirkung nicht den Ermächtigten und sein Vermögen treffen und binden.

hängig gemacht von der dem Nachlassgericht gegenüber erklärten Annahme, die den Charakter eines actus legitimus trägt. Prinzipiell war eine derartige besondere Annahme der Ermächtigung des Erblassers zu verwerfen. Wenn der Gesetzgeber nun für unser künftiges Recht positiv die Sache anders regelt, so hat er sich wohl von der zweckmässigen Erwägung leiten lassen, dass es für sämtliche Nachlassinteressenten erwünscht ist, über die Entschliessung des Berufenen eine bündige Erklärung zu haben, die, um eine Verschleppung der Erbregulierung zu verhüten, sogar jeder Beteiligte vom Ernannten binnen einer ihm seitens des Gerichts gesetzten Frist verlangen kann. § 2202. Abs. 3. Die Interessenten wissen nun, woran sie sind. — Die Erklärung bei der allen zugänglichen Gerichtsstelle verbürgt zudem eine gewisse Publizität.

Zweckmässig ist ferner die Bestimmung des § 2368 des BGB.: dass sich an die Erklärung über die Annahme auf Antrag des T.-V. die Erteilung eines gerichtlichen Zeugnisses über seine Ernennung unter gleichzeitiger Angabe seiner hauptsächlichsten Befugnisse knüpfen kann. (Letzteres war schon vielfach partikularrechtlich üblich. Lauterbach, dissert. Cap. IX. 9. Beseler, aaO. 179.)

III.

§ 8. Ernennende Person.

Während nach bisherigem Recht die Ernennung eines T.-V. nur vom Erblasser selbst vorgenommen werden konnte, kann nach dem BGB, § 2198 im Testament die Bestimmung der Person des Vollstreckers dem Nachlassgericht oder einem Dritten überlassen werden.

Eine solche Verstattung ist gegen den Grundsatz, dass letztwillige Verfügungen eine höchstpersönliche Sache sind; auch wird damit ein charakteristisches Moment des ganzen Verhältnisses aufgegeben: das Persönliche in den Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinem T.-V. Die Individualität des T.-V. tritt vollkommen zurück, seine Leistung wird als eine fungible gedacht.

Die Bestimmung des BGB. (§ 2198) ist wohl für den, wenn auch seltenen, Fall gedacht, dass dem Erblasser (negativ): das Vertrauen zu einer ordnungsgemässen Nachlassregulierung seitens seiner Erben fehlt, (ihm daher die Einsetzung eines T.-V. geboten erscheint), (positiv) aber das Zutrauen zur Geschäftstüchtigkeit pp. einer Person seines Bekanntenkreises nicht vorhanden ist. Eine sichere Abhilfe für dieses Bedürfnis ist jedoch in Frage gestellt dadurch, dass es vom Belieben des Gerichts oder des Dritten abhängt, der Ermächtigung des Erblassers nachzukommen (§ 2200 „kann"). —

IV.

§ 9. Fähigkeit zum Testamentsvollstrecker.

I. Was die Fähigkeit zur Uebernahme des Vollstreckeramtes betrifft, so wird diese in der Litteratur und, soweit sie spezielle Bestimmungen darüber enthalten, in den neuen Gesetzbüchern durchweg nur vollgeschäftsfähigen Personen zuerkannt[1]).

Das scheint selbstverständlich zu sein und wird auch nirgends besonders gerechtfertigt.

Und doch müssten z. B. gerade die Anhänger der „Erben-Vertretungs"theorie zu einem anderen Resultat kommen und z. B. auch minderjährige Personen als Vollstrecker zulassen; denn im Gebiet der technischen Stellvertretung haben wir — wie schon oben S. 23 f. einmal in anderem Zusammenhange berührt ist — das Prinzip: Der Vertreter, weil nicht er verpflichtet wird, braucht daher auch keineswegs vollgeschäftsfähig zu sein, wenn nur der Vertretene (hier der Erbe) für das konkrete Geschäft fähig ist.

Der T.-V. aber, weil er nicht Vertreter, sondern Organ ist, steht auf eigenen Füssen: ausschlaggebend für die Giltigkeit

[1]) Bosseler aaO 184 f, Stobbe aaO. § 309. a. 2, Dernburg, Lehrbuch Preuss. Priv.-R III. § 165 S. 486, Förster-Eccius aaO § 255 a 54. Sturm aaO. S. 32. Code civil art. 1028ff. BGB. § 2201.

seiner Rechtsakte ist allein sein, also nur ein Wille, darum muss dieser der eines geschäftsfähigen sein[1]).

II. Mit der Fähigkeit zur Uebernahme des Amtes ist nicht zu verwechseln die Fähigkeit: zum T.-V. ernannt zu werden. Letztere hat jeder, auch der Minderjährige. Bei Eintritt des Erbfalles muss jedoch der Delat vollgeschäftsfähig sein.

III. Im heutigen Recht sind Frauen von der Testamentsexekution nicht ausgeschlossen. Landesrechtlich bedürfen Ehefrauen vielfach zur Uebernahme des Amtes mit seinen mannigfachen Verpflichtungen des ehemännlichen Konsenses[2]).

Das BGB. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob Ehefrauen zur Testamentsvollstreckung zugelassen sind; bei ihrer prinzipiell unbeschränkten Geschäftsfähigkeit nach dem BGB. kann die Beantwortung der Frage im bejahenden Sinne jedoch nicht zweifelhaft sein. Ehemännlicher Konsens ist nicht erfordert. Für § 1358 ist offenbar hier kein Raum[3]).

IV. Die Berufung mehrerer Exekutoren ist, weil mit dem Prinzip der Lehre verträglich, gestattet. BGB. § 2197.

B. Inhalt und Umfang der Ermächtigung. (Aufgabe des Testamentsvollstreckers).

I.

§ 10. Quellen der Ermächtigung.

I. Da der T.-V. im Recht als Diener des erblasserischen Interesses anerkannt ist, so muss gemäss dem Grundprinzip der Lehre auch der Wille des Erblassers in seinen einzelnen

[1]) Geschäftsfähigkeit ist übrigens das einzige an den T.-V. zu stellende Erfordernis, während z. B. für die Bestallung als Vormund noch weitere Bedingungen zu erfüllen sind. § 1781 f. BGB.

[2]) So Code civil Art 1029. Abs. 1. und Allg. L. R. Dernburg, Preuss. Privatrecht § 165. Die älteren bei Beseler aaO. 184. N. 83 zitierten Rechtslehrer lassen Frauen schlechtweg als Testamentsexekutoren nicht zu. Cf. Gruchot, Preuss. Erbrecht 1866. Bd. II. S. 216.

[3]) cf. hierzu Marcus aaO. S. 59.

Bestimmungen in erster Linie für die Aufgabe und Macht des Vollstreckers entscheidend sein[1]); und erst wenn der auf Anordnung einer Testamentsexekution gerichtete Wille ein klares Bild von dem gewünschten Inhalt und Umfang derselben nicht gewinnen lässt, hat das Gesetz einzugreifen, und diesem Willen einen konkreten Inhalt zu geben.

II. Der Entwurf des BGB. und BGB. selbst haben sich an diese aus dem Grundprinzip der Lehre zu ziehende Folgerung nicht gekehrt. Anstatt als erste Quelle für die exekutorische Macht des T.-V. den Willen des Testators anzuerkennen, stellt das BGB. diesem Willen einen festen gesetzlichen Typus § 2203 2206 voran und denkt sich unter seiner Ägide die Thätigkeit des Testators hauptsächlich als eine negierende, den gesetzlichen Typus beschränkende. (Zweckentsprechende Erweiterungen des Typus sind wenigstens nach Ansicht der Motive Bd. V. 241 unstatthaft). Es wird nicht leicht halten, bei diesem unnatürlichen Standpunkt des BGB. etwaige vereinzelte positive Anordnungen des Testators bezüglich der Macht des T.-V. mit dem gesetzlichen Typus in ein leidliches Verhältnis zu bringen: Soll man annehmen, dass der Testator mit den positiven Einzelanordnungen, die er gegeben hat, gleichzeitig sämtliche übrigen gesetzlichen Befugnisse ausschliessen, negieren wollte? Wie schwer es nach dem BGB. sein wird, hier das Richtige zu treffen, das illustrieren die Beispiele bei Hartmann, Verhdlg. d. 21. Jur.-Tages I. 26. Abs. 2. 28. Abs. 3 ff. cf. Bd. III. S. 229 Abs. 3 ff. —

II.

§ 11. Inhalt und Umfang der Ermächtigung im allgemeinen.

I. Die dem T.-V. erteilte Ermächtigung kann einen stärkeren oder einen schwächeren Inhalt haben, je nachdem der Erblasser auf diese oder auf jene Art die Wahrnehmung seines Interesses

[1]) Das Gesetz kann dann freilich diesem Willen bestimmte Schranken ziehen. Cf. § 12.

für genügend gesichert erachtet. Im allgemeinen pflegt man im Anschluss an die Praxis zwei in sich geschlossene Haupttypen der erblasserischen Ermächtigung aufzustellen [1]).

I. Typus:

Die weitgehendste Ermächtigung, die dem T.-V. erteilt werden kann, ist: persönlich die sämtlichen letztwilligen Bestimmungen zu vollziehen. Sie ist verbunden mit einer Verwaltung des Nachlasses, in deren Verfolg T.-V. zunächst den Nachlass in seiner Hand zu konstituieren d. h. die beim Erbfall vorgefundene Masse sicher zu stellen, nach Feststellung des Umfanges der Masse dann die Aussenstände einzutreiben, Nachlassschulden im weitesten Sinne (Schulden des Erblassers, Begräbniskosten, Vermächtnisse . . . .) zu tilgen und die verbleibenden Aktiva an die Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile abzuführen hat (Erbauseinandersetzung). Zugleich hat der T.-V. auf die strikte Erfüllung etwaiger den Bedachten gemachter Auflagen zu dringen.

II. Typus:

Der zweite Typus verleiht eine geringere Macht: Hiernach ist der T.-V. für ermächtigt zu erachten, von sog. Verwaltungshandlungen nur die etwa erforderliche einstweilige Sicherstellung des Nachlasses vorzunehmen, sowie schleunig zu erledigenden, — insbes. die irdischen Ueberreste des Testators betreffenden Anordnungen aus Nachlassmitteln zu genügen; im übrigen aber hat er nur eine, die Ausführung des letzten Willens überwachende Thätigkeit zu entfalten [2]). cf. Hartmann aaO. S. 35 f.

Liegen dem Testator nur einige seiner letztwilligen Be-

[1]) Cf. Hartmann aaO. 22; Zach. v. Lingenthal, (Crome) Handbuch des Französ. Zivilrechts § 725 S. 451.

[2]) Zu Typus I und II ist noch zu bemerken, dass der T.-V. auch als ermächtigt angesehen werden muss, von sich aus die Eröffnung des Testamentes zu betreiben. Dazu wird er natürlich ausser dem Beweis des Erbfalles dem Richter sein „wahrscheinliches Interesse bei der Sache" glaubhaft machen müssen. Cf auch die Bestimmungen des BGB § 2260 ff., wonach die Eröffnung des Testaments, falls das Nachlassgericht nur irgendwie glaubhaft Kenntnis vom Tode des Erblassers erhält, von Amtswegen geschieht.

stimmungen besonders am Herzen, so kann er selbstverständlich die — vollziehende oder überwachende — Thätigkeit des T.-V. auf diese Bestimmungen beschränken z. B. auf die Auszahlung eines Vermächtnisses, Begründung einer Stiftung aus Erbschaftsmitteln (cf. § 83 BGB.) u. s. w. sog. executio particularis im Ggs. zur universalis[1]).

II. Ob nun das Gesetz in dubio d. h. wenn aus dem letzten Willen über die Art der Testamentsexekution nichts Näheres zu entnehmen ist, den stärkeren Typus I oder den schwächeren Typus II massgebend sein lassen will, das ist eine legislativ-politische Frage, auf die wir vom Prinzip unserer Lehre begreiflich keine Antwort erwarten können; eine zweckmässige Beantwortung setzt jahrelange Fühlung mit der Testamentspraxis voraus. In der vorliegenden im wesentlichen theoretisch-construierenden Arbeit kann eine Erörterung der Frage um so eher unterbleiben, als bereits Hartmann aaO. 22 ff. in dieser Beziehung Treffliches und wohl in allen Beziehungen zu Billigendes geleistet hat[2]).

III. Das BGB. kennt nur einen, bereits oben erwähnten, gesetzlichen Typus der Ermächtigung, der sich im wesentlichen mit unserem sub. I aufgestellten deckt[3]). (Zu beachten ist die Form der den gesetzlichen Typus enthaltenden §§ 2203 ff. „Der Testamentsvollstrecker hat . . . .").

Unsern Typus II finden wir in dem § 2208 über die Ein-

[1]) In einem anderen Sinne gebraucht Durandus aaO. n. 68, 26 diese Unterscheidung cf. Schultze aaO. S. 175. Beseler aaO. 191. — Die Unterscheidung der Aufgabe des T.-V. danach, wie viele Bestimmungen seiner Obhut anvertraut sind, muss naturgemäss zurücktreten hinter der Scheidung danach, mit welcher rechtlichen Macht seinerseits die Ausführung letztwilliger Anordnungen ihm anvertraut ist. (Typus I oder II)

[2]) Cf. auch Gierke aaO. Bd. III. 231 f. — Für den stärkeren Typus als Normaltypus ist Beseler aaO. 184 ff. u. Hinschius, Anw. Ztg. 787. a. E., für den schwächeren Gengler aaO. S. 714, und Hartmann eingetreten.

[3]) Ueber die ungenügenden Gründe für diese einseitige Normierung vgl. Motive Bd. V. Seite 218—220 und Hartmann aaO. S. 22 ff.

schränkung des normalen Typus wieder: falls der Erblasser die Vollziehung gewisser Verfügungen durch den T.-V. in Person ausdrücklich untersagt oder erkennbar nicht gewünscht hat, so gilt die Ueberwachung der Ausführung durch den T.-V. als subsidiär gewollt. Zwei Fälle einer besonderen Ermächtigung führt das BGB. dann noch, getrennt von seinem Normaltypus, als möglich auf im § 2223 und 2209. (Zu beachten die Form hier: „Der Erblasser kann . . . .“):

a, Die Ernennung eines T.-V. für die Ueberwachung der Ausführung der einem Legatar auferlegten Beschwerungen. Diese Ermächtigung steckt also unzweckmässigerweise nicht mit in dem Normaltypus (cf. Motive Bd. V. zu § 1910); man wird sie künstlich hineininterpretieren müssen[1]).

b, Die Ermächtigung zu einer Verwaltung des Nachlasses für den Erben ohne Zuweisung irgend einer anderen Aufgabe, bezw. die Ermächtigung zur Fortführung der Nachlassverwaltung nach geschehener Nachlassregulierung. Die Frage, ob eine derartige Beschränkung des Erben zulässig ist, führt uns zu der allgemeinen Frage nach den Schranken der letztwilligen Ermächtigung überhaupt; hier soll dann auch § 2209 näher gewürdigt werden.

III.

§ 12. Schranken der Aufgabe des Testamentsvollstreckers im objektiven Recht.

I. Auf die Frage nach den Grenzen, innerhalb deren sich die erblasserische Ermächtigung bewegen muss, ist unserm Prinzip gemäss zu antworten: nur soweit — aber auch stets soweit — als der Testator eine nach objektivem Recht giltige letztwillige Verfügung treffen kann, vermag er auch dem T.-V. eine Ermächtigung zu deren Ausführung zu erteilen. Das kann natürlich nicht die Absicht sein, dass der Testator durch Ernennung eines

[1]) Z. B. auf dem Umwege über § 2208 Abs. 2 in Verbindung mit § 2194 BGB.

T.-V. in die Lage gesetzt werde, gesetzlich unzulässigen Verfügungen — sei es dass sie (a) gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstossen oder (b) die Rechte der Nachlassgläubiger, oder (c) der Erben unstatthaft beschränken — zu Kraft zu verhelfen.

Einige Beispiele sollen dies erläutern: (a) So kann z. B. der T.-V. nicht ermächtigt werden, gegenüber einem Legatar auf Erfüllung einer, sein Vermächtnis beschwerenden unsittlichen Auflage zu dringen (§ 138 BGB.).

(b) Der T.-V. kann auch nicht ermächtigt werden, den Nachlassgläubigern nur 75 % ihrer Forderungen auszuzahlen, oder als allein passiv legitimiert — also unter Ausschluss der Erben von der Passivlegitimation — Prozesse mit den Nachlassgläubigern zu führen; das würde in das Recht der Gläubiger auf volle Befriedigung bezw. in ihr Recht, sich an den Rechtsnachfolger ihres Schuldners in Person zu halten, (s. S. 59.) eingreifen.[1])

(c) Ist angeordnet, dem von Herrn X. zu Benennenden solle ein Vermächtnis von 1000 Mk. ausgezahlt werden, so kann ein T.-V. den Erben gegenüber nicht wirksam ermächtigt werden, dem daraufhin von X. Benannten das Vermächtnis zu entrichten; denn es ist gemeinrechtlich unzulässig, letztwillige Verfügungen in den Willen eines Dritten zu stellen; jenes Vermächtnis war daher ungültig angeordnet. Ebensowenig kann der Testator durch Einsetzung und Auktorierung eines T.-V. die Schranken der lex Falcidia zum Nachteil der Erben umgehen.

II. Speziell sollen jetzt, weil wir hier auf Dissentienten gestossen sind, zwei Fragen erörtert werden:

1. Ist der T.-V. als ermächtigt anzusehen, zur „Auslegung des letzten Willens“ in Zweifelsfällen bezw. ist eine dahingehende besondere Ermächtigung prinzipiell zulässig? —

Nach dem Prinzip der Lehre ist der T.-V. weder „schon vermöge seiner Stellung im allgemeinen“ zu solcher Auslegung als

[1]) A. Mg. scheint Dernburg, Preuss. Privatrecht, III. S. 490 zu sein: „er (Testator) kann aber auch die Testamentsvollstrecker in dem Sinne bestellen, dass sie den Nachlass den Gläubigern und Legataren gegenüber allein zu vertreten haben.“

befugt anzusehen, (daher war eine solche Befugnis auch nicht in die Typen I u. II aufzunehmen) noch kann er überhaupt zu solcher Mission besonders ermächtigt werden [1]).

„Einen Willen vollziehen" und „seinen Inhalt ermitteln" sind zwei grundverschiedene Thätigkeiten; nur die Vollziehung letztwilliger Bestimmungen kann in Anerkennung der Interessen des Erblassers einem T.-V. übertragen werden, den Willen des Testators bei entstehenden Zweifeln ausfindig zu machen oder m. a. W. den Umfang der letztwillig verliehenen Rechte klar zu stellen, ist Aufgabe des Richters bezw. ev. auch eines Schiedsrichters, den sämtliche Interessenten gewählt und dem sie sich unterworfen haben.

Mag immerhin der Testator zu seinem Vollstrecker das Vertrauen haben, er werde Unklarheiten im letzten Willen verständig lösen, eine einseitige Interpretation des T.-V. bindet die Erbinteressenten nicht, sie können die Auslegung im Prozess anfechten und vom Richter die Ermittelung des wahren Willens, und somit des Umfangs des ihnen zugewendeten Rechtes, verlangen.

Vor offenbaren Zweifeln wird der T.-V. daher halt machen und eine Verständigung oder Klage der Interessenten gegeneinander abwarten müssen [2]). Das BGB. hat denn auch eine Interpretationsbefugnis des T.-V. nicht aufgenommen.

2. Kann auf Grund der in folgender Testamentsbestimmung liegenden Ermächtigung: „A. soll Erbe meines Vermögens sein.

---

[1]) Das erste billigt Beseler aaO. 196 Nr. 3, im zweiten ist er andrer Ansicht. In beiden Punkten a. Mg. Hartmann aaO. 29. 30. Abs. 1. — Positiv hat das Gegenteil verordnet Preuss. ALR. I 12. § 559—561. (Hierzu Sturm aaO. 46).

Gengler aaO. S. 713 verlangt, damit dem T.-V. die „Schiedsrichter-Eigenschaft" zukomme, eine doppelte Willensäusserung des Testators: „dass einesteils die Erben zum Kompromiss und andererseits der Exekutor zur Schiedsübernahme (receptum) verpflichtet sein soll. Jenen (den Erben) kann z. B. eine solche Auflage unter Androhung bestimmter pekuniärer Nachteile gemacht werden (!)"

Unsrer Ansicht in der Frage ist Reichsgericht Bd. XIV. S. 194.

[2]) Cf. hierzu Entschdg. d. RG. Bd. XIV. Nr. 47 S. 194.

Die Verwaltung dieses Vermögens soll bis zum 30. Jahr des A. mein T.-V. führen, weil . . . . (und nun folgen Gründe)“ der T.-V. die Verwaltung des Erbvermögens an sich nehmen bezw. sich nach der Nachlassregulierung in derselben behaupten? Die Beantwortung der Frage ist abhängig von der Vorfrage: kann ein Testator seine Erben überhaupt in der Weise beschränken, dass er auf längere Zeit oder dauernd die Verwaltung des Hinterlassenen in die Hände eines Dritten legt?

Weder im römischen noch im gemeinen Recht ist dem Testator ausser durch das Pflichtteilsrecht, das er nicht einschränken kann[1]), (bezüglich der Quarta Falcidia cf. nov. I. Kap. II § 2) eine Grenze gezogen, innerhalb deren er sich zu halten hätte bei Anordnung letztwilliger Verfügungen; insbes. sind ihm auch nicht die Hände gebunden, betreffs der Anordnung eines modus d. h. „einer Beschränkung seiner Liberalitätshandlung in Ansehung eines bestimmten Zwecks.“

Eine solche Beschränkung ist in der letztwilligen Anordnung unseres Beispiels zu erblicken. Und wir halten sie für zulässig. Freilich müssen wir — eine Regel, die sich aus l. 114, 14 D. de leg. I o.[2]) abstrahieren lässt — eine justa causa z. B. Verschwendungssucht . . . . für diese erblasserische Massnahme fordern, sie darf nicht lediglich aus Chikane geschehen sein.

Wie Dernburg, Pandekten III. § 84. a. 4. im Sinne der römischen Entwicklung richtig sagt, fasste man bereits zu Justinians Zeit eine Anordnung, wie in unserm Beispiel, nicht mehr bloss als ein nudum praeceptum auf, sondern überall, „wo der Erblasser nicht bloss raten sondern befehlen wollte, weil er mit der im Interesse des Honorierten getroffenen Bestimmung zugleich ein eigenes, ideales Interesse verfolgte, da greift nach l. 7. D

[1]) Über die Ausnahme der exheredatio bona mente cf. Dernburg, Pand. § 153.

[2]) Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere.

de annuis legatis rechtlicher Zwang ein[1]). Lässt sich nach dem Gesagten für das gemeine Recht die Giltigkeit einer Anordnung, wie die unseres Beispiels, nicht wohl bestreiten, so ist das freilich für das römische und gemeine Recht zuzugeben, dass ein solcher — an sich rechtlich verbindender — modus, sobald er einem Alleinerben auferlegt ist, thatsächlich sehr leicht illusorisch werden kann, wenn seine Erfüllung nicht im Interesse eines dritten Ueberlebenden liegt[2]); ist der frgl. modus einem von mehreren Miterben auferlegt, so kann er durch Kollusion sämtlicher Miterben vereitelt werden, indem keiner von ihnen die actio fam. herciscundae auf Erzwingung des modus gegen den Belasteten anstrengt. Diesem Misstand kann durch Bestellung eines treuen T.-V. abgeholfen werden, welcher die im modus angeordnete Verwaltung, wenn er dazu ermächtigt ist, selbst führt, wenn sie von einem Dritten geführt werden soll, überwacht. Gegen den hier vertretenen Standpunkt hat sich das Reichsgericht erklärt. Entscheidung für Civ.- Sachen Bd. XVI. Nr. 43, ebenso Eccius aaO. S. 457. 461. ff, wo er sagt:

> „Die Einsetzung eines Testamentsexekutors ist nur insoweit wirksam, als der Erbe wirksam in der Verfügung über den Nachlass beschränkt werden kann, nämlich zur Sicherung der Rechte solcher, denen im Testament Zuwendungen gemacht sind.“ —

Ohne dass Eccius nun erst an der Hand der Quellen in eine Untersuchung darüber eintritt, wieweit denn eigentlich der Erblasser durch seine Verfügungen die Stellung der Erben giltig einengen könne, verneint er schlechtweg die Zulässigkeit der Beschränkung des Erben durch Anordnung der frgl. Verwaltung seines Erbteils.

Das Reichsgericht ist später in seiner Entscheidung der vereinigten Civilsenate Bd. XXV. Nr. 62. S. 297. Abs. 2. von seiner

---

[1]) et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omni modo spernenda neque omni modo observanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

[2]) Cf. Pernice, Labeo. Bd. III. S. 39. Abs. I.

„Erwägung“ zurückgekommen und spricht die Rechtsgiltigkeit einer Verfügungsbeschränkung der angegebenen Art aus.

Eccius hält nach wie vor an seiner Meinung fest. (S. 461).

Das BGB. ist in der hier behandelten Frage auf unserer Seite. In dem schon oben S 47. erwähnten § 2209: „Der Erblasser kann einem T.-V. die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen; er kann auch anordnen, dass der T.-V. die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat . . . .“ ist zum Ausdruck gebracht, a) dass eine Beschränkung der Erben durch eine, in der Rechtsform eines modus angeordnete Verwaltung seines Erbes zulässig ist, und weiter b) dass der T.-V. zur Führung dieser Verwaltung ermächtigt werden kann. — Dass für diese immerhin exzeptionelle Anordnung nach § 2209, — wie nach gemeinem Recht[1]), — eine justa causa anzugeben ist, ist im BGB. nicht besonders vorgeschrieben; jedoch muss auch im künftigen Recht bei Fehlen einer solchen dem Erben die Anfechtung der Anordnung gegenüber dem T.-V., als einer chikanösen, offen stehen. (cf. § 226 BGB.) Der T.-V. müsste dann seinerseits den Grund darthun, der die Anordnung rechtfertigt[2]).

Im übrigen ist, wie im gemeinen Recht, auch nach dem BGB. dem Testator eine Grenze für seine Testierbefugnis durch das gesetzliche Pflichtteilsrecht gezogen. Ist z. B. der Pflichtteilsberechtigte zwar auf sein Pflichtteil zum Erben eingesetzt, aber sein Pflichttheil in irgend einer Art beschränkt — eine solche Einschränkung würde z. B. zweifelsohne liegen in der Ernennung eines T.-V., infolge deren ja zeitweise die Verwaltung und Ver-

[1]) Cf. auch Preuss. allgem. Landrecht II,2 § 422.

[2]) Der § 2209 hätte u. E. im BGB. ganz gut fehlen können, da § 1940 in Verbindung mit § 2203 ihn umfasst. Was die Protokolle über seine Notwendigkeit sagen, entfällt, sowald man sich auf den Boden des hier verfochtenen Prinzips der Lehre stellt. Cf. Haidlen, das bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. (Komiss. Prot. zu § 2209).

fügung über das Erbvermögen dem Erben ganz aus den Händen genommen wird — so braucht der Pflichtteils-Erbe seinerseits die Beschränkung, in concreto: die Einsetzung des T.-V., nicht zu beachten. cf. § 2306 Abs. 1. Satz 1. Beträgt jedoch sein Erbteil mehr als sein Pflichtteil, so kann er sich entschliessen, ob er die Beschwerung in Gestalt einer Testamentsexekution dulden oder sein Pflichtteil unbelastet — und dann wie ein Nachlassgläubiger — fordern will. § 2306 Abs. 1. Satz 2.

Eine Beschränkung des Pflichtteilsrechtes durch die Berufung eines T.-V. ist jedoch (wie nach gemeinem Recht cf. die sog. exheredatio bona mente) auch nach BGB. da möglich, wo eine justa causa für diese Anordnung spricht. So gestattet § 2338 BGB. dem Erblasser, die Verwaltung des Pflichtteils eines verschwenderischen oder überschuldeten Abkömmlings für dessen ganze Lebenszeit (gemäss § 2209) einem T.-V. zu übertragen.

C. Befugnisse des Testamentsvollstreckers.

I.

§ 13. Allgemeines.

Entsprechend seiner rechtlich anerkannten Aufgabe giebt das objektive Recht dem T.-V. auch alle Mittel, die nötig sind, sie zu lösen. Treffend hat diesen allgemeinen Grundsatz, der hier gelten muss, das Züricher Gesetzbuch (§ 2100) aufgenommen: „Der Testamentsvollstrecker ist . . . . berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen . . . ., welche erforderlich sind, um den letzten Willen des Erblassers zur Vollziehung zu bringen. . . . . Seine Befugnisse reichen aber nicht weiter, als das Bedürfnis dieser Vollziehung es rechtfertigt [1]) " —

[1]) Cf. Hinschius, Anw. Ztg. aaO. 789. — Entgegen diesem allgemeinen Grundsatz versagt das französische Recht (Code civil) dem T.-V. einige wichtige Befugnisse: z. B. Besitz an Liegenschaften und deren Verkauf, Befriedigung der Gläubiger . . . cf. hierüber Zach. von Lingenthal (Crome) aaO. S. 452 a. 20. 453 f; darauf ist unten S. 56. N. 3. zurückzukommen.

Der Kreis der Befugnisse eines T.-V. im concreten Fall lässt sich natürlich immer nur nach der Art der zu vollziehenden letztwilligen Verfügungen, sowie danach bestimmen, ob die Thätigkeit des T.-V. nur als ‚überwachende' [Typ. II] oder als ‚executorische' [Typ. I] gedacht ist; das kann aber unter Zuhilfenahme der Rechtslogik leicht im Einzelfall geschehen. Sollte der Testator einzelne Befugnisse, die sein T.-V. haben soll, besonders aufgezählt haben, so sind eventuelle Lücken aus dem Wesen des Instituts nach dem an die Spitze dieses § gestellten Grundsatz zu ergänzen.

Der folgenden Darstellung soll, damit die hauptsächlichsten Befugnisse des T.-V. zur Erörterung kommen, der weiteste Ermächtigungstypus (I) als vom Erblasser gewollt zu grunde gelegt werden.

Im allgemeinen kennzeichnet sich, das mag hier vorweg bemerkt werden, die dem T.-V. zur Erfüllung seiner umfangreichen Aufgabe verliehene Macht als eine fiduziarische [1]) Dispositionsbefugnis über den gesamten Nachlass; sie enthält im einzelnen folgendes:

II.

§. 14. Besitz am Nachlass.

Da der T.-V. zunächst den Nachlass in seiner Hand zusammenbringen (constituieren), dann aber verteilen soll, so ist er, wenn ihm das notwendig erscheint, befugt, von den beim Tode des Testators vorhandenen Sachen, insbes. von Geld und Wertpapieren, Besitz zu ergreifen, (BGB. § 2205) — das kann natürlich auf verschiedene Art geschehen: durch Ansichnehmen der Schlüssel des Sterbehauses, Deponierung der Gelder bei einer Bank auf seinen Namen u. s. w. — und die im Verfolg seiner Thätigkeit zum Nachlass kommenden Gegenstände gleichfalls in Besitz zu nehmen.

Die Natur dieses Besitzes zu erklären, hat der älteren

[1]) Cf. S. 7. 82.

Theorie unglaubliche Schwierigkeiten gemacht; ohne Künsteleien bezw. Gewaltthätigkeiten ging es nicht ab. Da, bei schlichter Betrachtung der Sachlage, der nach der alten Lehre Savignys für den Besitz entscheidende sog. animus domini in der Person des T.-V. nicht zu diagnosticieren war, so gab es für die Anhänger dieser Theorie nur zwei Auswege, das Verhältnis zu erklären: a) entweder man rubricierte den Besitz des T.-V. in die Kategorie des „anomalen" sog. abgeleiteten Besitzes; eine Kategorie, zu deren Aufstellung sich schon Savigny gedrängt gesehen hatte, da er gewisse, in den Quellen freilich durchaus nicht als abnorm gekennzeichnete Fälle mit seiner Theorie nicht befriedigend zu erklären vermochte: man stellte also den T.-V. z. B. dem Sequester gleich, oder b) was man auf natürlichem Wege nicht erreichen konnte, musste durch ein Kunststück gelingen: man liess den T.-V. „in die Seele des Erblassers hinein" den animus domini haben [1]) oder degradierte den Erben zu einer handlungsunfähigen Person, für die dann, wie der Vormund für den Mündel, der T.-V. als (gesetzlicher) Vertreter den nötigen animus beschafft [2]).

Entgegen den aufgeführten Ansichten, insbes. der wohl immer noch herrschenden Ansicht Savignys, ist mit Ihering in seinem, die alte Besitzlehre stürzenden Werk: „Der Besitzwille" zu sagen: „Die Rechtsregel und nicht der — subjektive — Wille des einzelnen — entscheidet über Besitz und Detention; es herrscht Ordnung und Sicherheit"; die Rechtsregel aber hat sich, als sie Besitz und Detention auf die einschlägigen Verhältnisse verteilte, von der Zweck- und Interessenfrage leiten lassen; und so auch bei der Regelung des Verhältnisses des T.-V. zu den Nachlasssachen.

---

[1]) Cf. Hinschius, Zeitschrift f. Gesetzgbg. u. Rechtspflege Bd. I. S. 528; Förster-Eccius, 4. Aufl. des Preuss. Privatrechts. 497. Rosenthal, die rechtliche Natur der Testamentsexekution und in Sonderheit der Besitz des Testamentsexekutors an den Nachlassgegenständen. (Bresl. Diss. 1883) S. 31 ff.

[2]) Windscheid, Pand. I. § 155 Nr. 13 und wiederum Hinschius aaO. S. 536 ff.

Der juristische Besitz des T.-V. am Nachlass ist in der That die unerlässlichste Grundlage für eine gesunde Testamentsexekution. Als blosser Detentor ist der T.-V. der Willkür der böswilligen und widerspenstigen Erben preisgegeben und kann seine Aufgabe nicht wirksam lösen.

Demgemäss hat das BGB. § 2205 bestimmt, dass der T.-V. berechtigt sein soll, den Nachlass in Besitz zu nehmen. Sein Besitz charakterisiert sich als sog. unmittelbarer Besitz (§ 868)[1]) während dem Erben der mittelbare Besitz zusteht (§ 857 u. § 868); sein Besitz ist „Eigenbesitz“ (§ 872), der des T.-V. sog. „Fremdbesitz.“

III.

§. 15. Die hauptsächlichsten Verfügungsbefugnisse.

Der T.-V. ist als Liquidator (s. S. 45.) des Nachlasses befugt, im Interesse seiner Aufgabe über die Nachlassstücke zu verfügen, insbes. also Veräusserungen vorzunehmen[2]), (Schenkungen nur soweit sie einer „sittlichen Pflicht oder dem Anstand“ entsprechen), die Gläubiger aus Nachlassmitteln zu befriedigen[3]),

---

[1]) Er ist nicht etwa blosser „Besitzdiener“ nach § 855 BGB.

[2]) Betreffs etwaiger hierbei nötig werdender Grundbuchoperationen cf. neue Reichsgrundbuchordnung § 40 Abs. 1. in Verbindung mit § 41 Abs. 2, die in Uebereinstimmung mit dem Prinzip der Lehre verordnen, dass als Unterlage einer Verfügung des T.-V. über eingetragene Rechte eine Umschreibung derselben auf die Erben zuvor nicht geboten ist. Doch muss sich der T.-V. mit seiner Machtbefugniss vor dem Grundbuchrichter gehörig legitimieren cf. § 36. Abs. 2. z. B. durch eine Bescheinigung nach § 2368 BGB. Wird bei bestehender Testamentsexekution der Erbe dennoch zuvor in das Grundbuch als Successor eingetragen, so ist die Ernennung des T.-V. und seine Machtbefugnis [Typus I] daneben einzutragen. § 52 RGO. vergl. hierzu Dernburg. Preuss. Privatrecht III. 493. —

[3]) Man hat gesagt (cf. Z. v. Lingenthal-Crome aaO. IV S. 453. a. 22. für das Französische Recht), dass die „Bezahlung der Erbschaftsschulden dem T.-V. nicht zusteht, weil sie mit der Ausführung der

sodann Aussenstände zu kündigen und Zahlungen in Empfang zu nehmen; auch Verbindlichkeiten, soweit eine ordentliche Verwaltung sie erheischt, kann der T.-V. eingehen [1]).

letztwilligen Anordnungen des Erblassers nichts zu thun hat. Der Erblasser kann nicht in dieser Beziehung die Befugnisse des T.-V. erweitern.“ Das scheint formal-logisch richtig. Erstlich aber ist es im höchsten Masse unzweckmässig, die Verwaltung des T.-V. zu zerreissen und die Ermächtigung zu der frgl. Gattung von Rechtsakten in den allgemeinsten Typus I nicht einzubegreifen, sondern diesen Teil der Verwaltung neben dem T.-V. den Erben zu lassen; aber sodann zweitens: eine Testamentsexekution ist oft gerade vorgesehen mit Rücksicht auf die Böswilligkeit, Geschäftsunerfahrenheit u. s. w. der Erben. Diese könnten nun, wenn man ihnen die Auszahlung der Nachlassschulden an die Gläubiger reservierte, den ganzen letzten Willen in Frage stellen, indem durch ihre Kollusionen oder Missgriffe der Aktivbestand der Erbschaft (die Verteilungsquoten, Vermächtnisse) erheblich verringert, bezw. auf Null sinken kann, eine Gefahr, die durch die ordnungsmässige Liquidation eines erfahrenen und treuen T.-V. gerade vermieden werden sollte. Die Thätigkeit, die der T.-V. bei Auszahlung der Nachlassgläubiger und der voraufgehenden Liquidation entfaltet, dient, wenn auch nicht unmittelbar zur Sicherung einer bestimmten letztwilligen Anordnung, so doch mittelbar der Sicherung aller auf Vergabung gerichteten Bestimmungen: für deren thatsächliche Realisierung gemäss dem Testament ist der Umfang der aus der Verwaltung des T.-V. hervorgehenden Aktivmasse entscheidend.

Es besteht also sehr wohl ein Zusammenhang zwischen einer derartigen liquidatorischen Thätigkeit des T.-V. und der Sicherung der Ausführung des letzten Willens. —

[1]) Wenn das BGB. § 2206, Abs. 2 sagt: Der Erbe ist verpflichtet, zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten seine „Einwilligung“ zu erteilen, so kann das nicht heissen: Der T.-V. muss, wenn er die Eingehung einer Verbindlichkeit im Interesse der Nachlassverwaltung für nötig erachtet, zu den einzelnen Erben herumgehen und deren Einwilligung erbitten ev. darauf klagen. Denn wenn dem T.-V. die Kontrahierung einer Schuld erforderlich scheint, so nimmt er sie eben vor kraft seiner Befugnis, ohne den Erben vorher zu fragen, mit bindender Wirkung für ihn. Nur das kann der Sinn des § 2206 Abs. 2 sein: dass der Erbe im Verhältnis zwischen sich und dem T.-V. bei der Rechnungslegung eine nicht zur ordentlichen Verwaltung erforderliche Verbindlichkeit nicht gegen sich gelten zu lassen braucht cf. § 19 S. 82.

IV.

§ 16. Insbes. die Führung von Nachlassprozessen.

Zu den Rechtshandlungen, welche zur Vollziehung des letzten Willens nötig sind, kann auch die Führung von Prozessen gehören. Inwieweit der T.-V. hierzu befugt ist, soll die folgende Erörterung zeigen [1]).

1.

Prozesse zur Erzwingung der Ausführung einer letztwilligen Anordnung.

Soviel ist unzweifelhaft und unbedenklich, dass der T.-V., wenn ein letztwillig Bedachter mit der Ausführung einer letztwilligen Anordnung (Auflage u. s. w.) zögert oder sie weigert, und der T.-V. sie selbst nicht vornehmen kann oder selbst nicht vornehmen soll, ihn im Klageweg dazu anhalten kann.

2.

Prozesse betreffend Nachlassgegenstände, sog. Nachlassstreitigkeiten.

Stösst der T.-V. bei der Konstituierung des Nachlasses auf Hindernisse: werden ihm zur Erbschaft gehörige Sachen von den Erben selbst oder von Dritten nicht herausgegeben, bestreitet ein Schuldner seine Verpflichtung u. s. w., dann darf der T.-V. erstlich dem Erben gegenüber seine Befugnisse, z. B. das Recht auf Besitz, im Prozess geltend machen; aber auch Dritten gegenüber ist er aktiv und passiv legitimiert, die zur Erbschaft gehörigen Rechte im Prozesswege zu verfolgen.

Die Rechtfertigung, deren dieser zweite Satz bedarf, liefert das Prinzip unserer Lehre.

I. Was zunächst die Activlegitimation des T.-V. betrifft, so ist zu sagen: Zwar besteht das in der Erbmasse befindliche

[1]) Dies Kapitel ist, als ein in der bisherigen Litteratur nur äusserst stiefmütterlich behandeltes, besonders ausführlich erörtert.

einzelne Recht in der Person des Erben; an sich müsste er also zur Klage legitimiert sein. Die prozessuale Geltendmachung eines Rechtes jedoch ist ein Ausübungs-, ein Dispositionsakt, der nur vom Verfügungsberechtigten vorgenommen werden kann [1]). Die Dispositionsbefugnis aber ist dem Erben entzogen (§ 18) und dem T.-V. zur Ausführung seiner Aufgabe übertragen (§ 13. 15). Letzterer ist demnach für Streitigkeiten, die den Nachlass betreffen, ausschliesslich aktiv legitimiert. cf. BGB. § 2212. Das ergehende Urteil wirkt natürlich gleichzeitig für und gegen den Erben cf. S. 58. und CPO. § 327 Abs. 1 § 728 Abs. 2 [2]).

II. Ueber die Passivlegitimation in Nachlassstreitigkeiten ist folgendes zu bemerken:

A. Zunächst steht fest: Der Erbe kann als successor in omne jus defuncti von jedem Nachlassgläubiger als passiv legitimiert verklagt werden. Dies Recht kann den Gläubigern durch einseitigen Akt des Erblassers nicht verkümmert werden. cf. S. 48.

Es fragt sich nur, welche Wirkungen ein zwischen beiden ergehendes Urteil gegenüber dem T.-V. bezüglich des von ihm verwalteten Nachlasses hat. Das ergehende Urteil, wenn rechtskräftig, stellt, da der Prozess von den dazu legitimierten Parteien geführt ist, die — vom Erben überkommene — Nachlassverbindlichkeit endgiltig fest. Diese Feststellung muss natürlich auch gegenüber dem T.-V. wirken, er kann aus keinem Gesichtspunkt einer solchen Feststellung als unrechtmässig widersprechen, insbesondere hat er selbst kein Recht darauf, dass ihm gegenüber Nachlassverbindlichkeiten festgestellt werden. (Ueber sein Interventionsrecht s. S. 63 f.)

---

[1]) Cf. hierzu Kohler (Dispositionsniessbrauch) Iherings Jahrbücher Bd. XXIV. S. 319. und in d. Ztschrft. f. dtsch. Civ. Proz. Bd. XII. 102 f.

[2]) Ein ähnliches Verhältnis findet sich u. a.. wenn Ehegatten nach dem Güterrecht der Verwaltungsgemeinschaft leben. Die Ehefrau ist in diesem Falle nicht aktiv legitimiert, ein ihr zustehendes, aber dem ehemännlichen Verwaltungs „(Dispositions)“ Niessbrauch unterliegendes Recht des eingebrachten Vermögens im Prozess zu verfolgen. Cf. hierzu Kohler aaO. und BGB. § 1400 Abs. 2 § 1380.

Bezüglich der Vollstreckung aus einem zwischen Erben und Nachlassgläubiger ergehenden Urteil ist zu unterscheiden:

a. Hat der Erbe ohne Vorbehalt angetreten, dann kann die Vollstreckung — ohne weitere Schritte des Gläubigers — nur in das Privatvermögen des Erben geschehen.

b. Wenn der Erbe Beneficialerbe ist und seine Haftung sich auf das in der Hand des T.-V. befindliche Nachlassvermögen beschränkt, dann muss der Nachlassgläubiger, gleichzeitig oder später, mit der actio judicati auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlass gegen den T.-V. klagen, es sei denn, dass der T. V. zur Herausgabe oder Zahlung bereit ist. cf. § 809 CPO.

Sonst aber ist im Falle a. und b. ein besonderes Judikatsurteil nötig, weil aus dem gegen den Erben lautenden Urteil der Gerichtsvollzieher nicht vollstrecken kann in Sachen, die sich in fremden (des T.-V.) Besitz oder wie die CPO. sagt: Gewahrsam befinden.[1] [2])

Der für den Fall, dass sich Exekutionsobjekte des Schuldners nicht in seinem sondern in fremdem Gewahrsam befinden, regelmässige Weg der §§ 846 ff und 886 CPO., der zwar auch hier offen steht, bringt den Gläubiger nicht an das gewünschte Ziel der schleunigen Befriedigung aus den Nachlasssachen, da die Erben vor beendeter Nachlassliquidation von dem T.-V. die Herausgabe der ihnen gehörigen Nachlasssachen nicht beanspruchen können. (Ausnahme: S. 83. II).

[1]) Dernburg, Preuss. Privatrecht freilich meint III. § 490: „Das — den Erben — gegenüber gefällte rechtskräftige Urteil ist auch in die Nachlasssachen vollstreckbar, welche der T.-V. in Händen hat, da diesem ein eigenes Recht an denselben nicht zusteht." Ihm ist zu erwidern: wenn sich die Befugnisse des T.-V. auch nicht zu einem sog. Eigenrecht (s. Hartmann's Meinung § 17 S. 80) verdichten, so ist doch — auch von den Nachlassgläubigern — die ihm durch die Rechtsordnung verliehene dinglich wirkende Dispositionsmacht und sein Besitz zu respektieren.

[2]) Ganz analog liegt wieder das schon oben herangezogene Verhältnis der Gläubiger einer in Verwaltungsgemeinschaft lebenden Ehefrau zu dieser und ihrem Ehemann. Aus dem gegen die Ehefrau erstrittenen Erkenntnis kann ohne weiteres nur in das freie Vor-

Nach dem BGB. bleibt a) der Fall, dass der Benefizialerbe in Nachlassstreitigkeiten als passiv legitimiert und neben ihm der T.-V. als Nachlassbesitzer in der angegebenen Art sub. b. S. 60 belangt werden kann, nicht mehr praktisch; denn die beiden normalen Arten, auf welche allein künftig der Erbe, wie ein gemeinrechtlicher Benefizialerbe, seine Haftung auf den Nachlass beschränken kann, drücken dem Erbfall einen ganz anderen Stempel auf und suspendieren die angeordnete Testamentsexecution. cf. S. 95. Die beiden Arten sind: gerichtliche Anordnung einer Nachlassverwaltung auf Antrag, und Konkurseröffnung. § 1975 BGB.[1])

b) Das gegen den Erben ohne Vorbehalt ergehende Urteil kann auch nach künftigem Recht, wie S. 60 (sub. a.) angegeben, an sich nur in das Privatvermögen des Erben exequiert werden. Wünscht der Nachlassgläubiger Befriedigung aus dem Nachlass, dann muss er eine actio judicati gegen den T.-V., als Besitzer desselben, anstrengen. BGB. § 2213 Abs. 3.

B. 1) Wenn wir im Gegensatz zur herrschenden Meinung und zur Praxis auch den Testamentsvollstrecker als passiv legitimiert ansehen für sog. Nachlassstreitigkeiten, so ist das vor allem eine Consequenz aus der oben vertretenen Ansicht, wonach die Befriedigung der Gläubiger, überhaupt die volle Liquidation des Nachlasses, mit in die Aufgabe des T.-V. einbegriffen ist S. 45. 56. Als Liquidator muss der T.-V. auch für befugt gelten, unberechtigte Angriffe auf die Masse aufzunehmen und zurückzuweisen[2]). (cf. BGB. § 2213 Abs. 1).

behaltsgut der letzteren vollstreckt werden. Ohne ein gegen den Ehemann lautendes Judikatsurteil ist eine Vollstreckung in das seiner Verwaltung unterliegende „Eingebrachte" seiner Ehefrau nicht möglich. BGB. § 1400 Abs. 1.

[1]) Die blosse Inventarerrichtung ist ein selbständiges Mittel zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass nicht mehr. Cf. hierzu Endemann, Einführg. i. d. Studium d. bürg. Gesetzbuchs 3.–5. Aufl. 1899. Bd. III § 84 S. 374 f. § 102 S. 450 f. Mathiass, Lehrbuch des bürg. Rechtes 1899. Bd. II. § 169 S. 474 1.) b. ff. Enneccerus und Lehmann, das bürgerl. Recht, (Erbrecht) S. 487 ff.

[2]) Diese Befugnis findet sich schlechterdings unter denen, welche einem Liquidator überhaupt zustehen. Cf. z. B. HGB. § 149.

2) Als passiv legitimiert Verbindlichkeiten — erst — festzustellen, ist freilich eine Thätigkeit von ganz anderer Art, wie die übrigen, zur Aufgabe des T.-V. gehörigen Funktionen es sind; denn im allgemeinen hat der T.-V. nicht erst Rechte, die ihre Spitze gegen den Nachlass kehren, zur Feststellung zu bringen, sondern bestehende — unbestrittene — Rechte der Nachlassinteressenten zu befriedigen, und man müsste die Feststellung eines prätendierten Rechtes im Prozess grundsätzlich zur ausschliesslichen Competenz des Schuldners, des Erben, verweisen. (Einen Dispositionsakt seitens des Erben würde man in dem „verklagt werden" nicht finden können.)

Wer die oben S. 45. 56. verteidigte volle Liquidationsbefugnis des T.-V. (Typus I) nach der Entwickelung des Instituts im deutschen Recht nicht anerkennt, (cf. Züricher Gesetzbuch § 2101 und BGB. § 2205 ff.), der wird allerdings der vorstehenden Erwägung (sub. 2) stattgeben müssen und eine Passivlegitimation des T.-V. in Nachlassstreitigkeiten neben dem Erben leugnen[1].

3) Die Passivlegitimation des T.-V. in Nachlassstreitigkeiten ist aber auch gleichzeitg im Interesse der Nachlassgläubiger: sie müssen ihren Anspruch auch direkt gegen denjenigen richten können, der die Güter hinter sich hat, aus welchen befriedigt zu werden sie ein ev. Recht haben.

Dieser Weg ist bei Suffizienz des Nachlasses auch der vor-

[1]) Die von uns (sub 1) vertretene Ansicht findet sich bei Beseler aaO. 218 f. Vorsichtig und zurückhaltend drücken sich aus: Gengler aaO. S. 714. „Die Parteirolle des Beklagten dürfte sich in der Regel nur mit der Person des Erben vereinen lassen", und Stobbe aaO. V. 272: „Die Behauptung, dass in dubio der T.-V. aktiv und passiv zur Vertretung des Nachlasses und der Erben legitimiert sei, geht zu weit." Entgegengesetzter Ansicht sind Dernburg, Preuss. Privatrecht III 490; Förster-Eccius aaO. IV S. 464; Hinschius Anw. Ztg. 796 f, Z. v. Lingenthal (Crome) aaO. S. 453; Entscheidung des Reichsgerichts B. XXXII Nr 39; Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. XV Nr. 502; 1. Entwurf des BGB. § 1903. Die Gegner verlangen vielfach seitens des Erblassers eine besondere ausdrückliche Ermächtigung für den T.-V., in Prozessen als Beklagter auftreten zu dürfen.

teilhaftere; er erspart die sonst nötige besondere actio judicati gegen den T.-V. s. S. 60. 61.

Ausserdem kann der T.-V. schon belangt werden, bevor überhaupt die Erben die Erbschaft angetreten haben (cf. § 2213. 2 in Verbindung mit § 1958 BGB.), während die Gläubiger, wenn sie den Klageweg gegen die Erben beschreiten wollten, bis zu deren Entschliessung über den Antritt der Erbschaft warten müssten.

4. Das im Prozess zwischen Gläubiger und T.-V. ergangene Urteil stellt, da der T.-V. als zur Passivlegitimation für befugt zu erachten ist, eine auf dem Nachlass ruhende Verbindlichkeit gültig und definitiv fest, muss also auch logischerweise res judicata gegen den Erben, als Subjekt des Nachlasses, machen. cf. CPO. § 327 Abs. 2. Aus dem Urteil kann natürlich nur eine Vollstreckung in den Nachlass stattfinden. Um das Privatvermögen der Erben angreifen zu können, — sofern sie überhaupt im konkreten Fall für die Nachlassschulden mit diesem haften — würde es an sich (wie oben S. 60. im umgekehrten Fall) einer besonderen Judikatsklage gegen diese bedürfen. Die neue Civilprozessordnung erleichtert jedoch das Verfahren. Sie sieht von einer besonderen Klage ab und erteilt dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben nach denselben Grundsätzen, wie sie eine solche — schon früher (§ 665) und auch künftig (§ 727) — gegen den Rechtsnachfolger einer Partei giebt. CPO. § 728 Abs. 2.

Die Consequenz der res judicata, — für den Fall, dass der Nachlassgläubiger mit der Klage abgewiesen wird, — die sog. exceptio rei judicatae kommt natürlich gleichfalls den Erben zu gut.

Wie das von bezw. gegen den T.-V. erstrittene Urteil wirkt auch ein von ihm geschlossener Vergleich. Es ist u. E. inkonsequent, wenn Beseler aaO. S. 218. dem T.-V. nur die Passivlegitimation zuerkennt und ihm die Befugnis, den Prozess durch Vergleich zu beenden, abspricht.

III. Interventionsrecht des Erben bezw. des T.-V. in Nachlassprozessen.

Dass in einem gegen den T.-V geführten Prozess der Erbe

gemäss § 66. CPO. intervenieren kann, — auch wenn ihm der Streit nicht verkündet werden sollte — ist selbsverständlich. Wir stehen auch nicht an, dem T.-V. bei einem gegen den Erben geführten Prozess ein Interventionsrecht einzuräumen: Durch eine schlechte Prozessführung kann mittelbar die Vollziehung des letzten Willens in Frage gestellt werden. (s. o. S. 57. N. 3.). Da nun der T.-V. die Ausführung dieses Willens nach Möglichkeit zu sichern hat, so ist das Interesse, das er als Organ des Erblassers am Ausgange des Prozesses hat, offensichtlich und verdient geschützt zu werden, es begründet als ein „rechtliches" (d. h. auf dem Rechtsverhältnis der Testamentsexekution beruhendes) Interesse im Sinne des § 66 CPO. ein Interventionsrecht[1]). — — — —

Darauf bedarf es wohl kaum eines Hinweises, dass, falls der T.-V. nicht nach Typus I sondern nach Typus II als — in der Hauptsache — „überwachender" Testamentsexekutor ernannt ist, die Erben allein für Nachlassstreitigkeiten legitimiert sind. Der T.-V. kann in diesem Fall lediglich auf Vollzug der letztwilligen Bestimmungen gegen die Erben klagen. Cf. § 16. S. 58.

3.

Prozesse betreffend die Gültigkeit des Testaments bezw. eines einzelnen Erb- oder Vermächtnisrechts, sog. Erbstreitigkeiten.

I. Passivlegitimation des T.-V. Es ist anlässlich eines Erbfalls eine dritte Gruppe von Streitigkeiten möglich, Streitigkeiten, die unmittelbar das Recht der Erben und Vermächtnisnehmer berühren, Erbstreitigkeiten im Gegensatz zu Nachlassstreitigkeiten. Ist nun der T.-V. in solchen Prozessen, bei Angriffen der Intestaterben auf die formelle Gültigkeit des Testaments oder gegen

[1]) Hinschius Anw. Ztg. 797 freilich meint: „Es bleibt hier nicht einmal Raum für eine Intervention . . . . . seitens des Testamentsexekutors, denn der Gläubiger braucht auf die Erklärungen desselben sich nicht einzulassen." — Ein Grund, warum sich der Gläubiger auf Erklärungen des Testamentsvollstreckers nicht einzulassen braucht, wird nicht angegeben.

eine in demselben geschehene Erbeseinsetzung (querela inofficiosi des pflichtteilsberechtigten Intestaterben auf partielle Rescission), ferner bei Klagen eines Miterben um die Höhe seiner Quote u. s. w. als passiv legitimiert zu betrachten, und zwar neben den Erben, deren Legitimation nicht zweifelhaft sein kann?

Es kreuzen sich hier zwei Erwägungen:

A. Einmal kann man sagen: der T.-V. hat die letztwilligen Bestimmungen zur Ausführung zu bringen. Darin liegt implicite, dass er in jeder Weise für sie einzutreten hat, möge ihnen nun bloss nicht gefolgt oder gar zuwider gehandelt werden, oder mögen sie schlechthin in ihrer Gültigkeit bestritten werden. Was von den einzelnen Anordnungen des Testators gilt, muss ebenso gut von dem Inbegriff derselben, dem ganzen Testament gelten, das den Gesamtwillen enthält, zu dessen Sicherung der T.-V. ja bestellt ist.

Nach dieser Reflexion müssen die oben bezeichneten Angriffe auf das Testament, die Erbeinsetzungen u. s. w. gegen den T.-V. als den „Hüter und Wahrer" des letzten Willens gerichtet werden können.

Zu dieser Erwägung cf. Dernburg, Pandekten III § 125. 2); Reichsgericht, Entschdg. Bd. IX. Nr. 56 S. 211. Seufferts Archiv Bd. XXIII. Nr. 235. S. 373. (alte Folge), Eck, Iherings Jahrbücher XXXV. 315 f.; cf. auch Beseler, Deutsches Privatrecht Bd. I. § 164. IV. Z. v. Lingenthal (Crome) aaO. S. 452. Baumeister, Hamburgisches Privatrecht Bd. II. S. 289. Pauli aaO. Bd. III. S. 331 (Lammer, aaO. S. 23), der einige Urkunden aus dem Lübecker Nieder-Stadtbuch anführt, welche die Anfechtung von Testamenten gegenüber dem T.-V. behandeln. Marcus, Sächs. Arch aaO. S. 74. — Die Passivlegitimation des T.-V. könnte dann, das werden die Anhänger dieser Meinung wohl zugeben — nur in dem Sinne aufgefasst werden, dass ein zwischen ihm und dem dritten Prätendenten ergehendes Urteil res judicata auch für den Erben macht; sonst wäre der ganze Prozess, anstatt einen verständigen Effekt (definitive Feststellung des Erbrechts u. s. w.) zu ermöglichen, Quelle schwieriger Komplikationen: denn für den Fall des ihm ungünstigen Prozessausganges könnte der Erbe den

Erstkläger, im umgekehrten Fall dieser jenen, mit einer hereditatis petitio oder einer Feststellungsklage belangen und ein abweichendes Urteil erzielen; eine exc. rei judicatae hätte keiner von ihnen zu fürchten.

Eck freilich geht nicht soweit, einem dem T.-V. gegenüber ergehenden Urteil bindende Kraft auch für und gegen den Erben beizulegen. Dem hierdurch hervorgerufenen Uebelstand, der Möglichkeit zweier sich widersprechender Urteile in derselben Sache, sei „einfach dadurch vorzubeugen, dass von vornherein der Testamentsvollstrecker und die Testamentserben gemeinsam klagen bzw. verklagt werden, oder dass, wenn dies nicht geschehen ist, durch Streitverkündung oder Intervention die nachträgliche Teilnahme des einen oder anderen am Prozess herbeigeführt wird."

Welche Norm zwingt aber die Erbprätendenten gegen den T.-V. und die Erben gemeinsam zu klagen, oder umgekehrt, den T.-V. und die Erben gemeinschaftlich klagend vorzugehen?! Und welche Regel macht wohl dem T.-V. und den Erben zur Pflicht 1) wenn jeder von ihnen allein verklagt ist, dem anderen den Streit zu verkünden, bezw. 2) wenn eine solche Streitverkündung thatsächlich unterblieben ist, aus eigener Initiative zu intervenieren?!

Dem richtig erkannten Uebel wird, glauben wir, dadurch nicht abgeholfen, dass man den Beteiligten eine zwekmässige Direktive giebt, die zu befolgen, sie nicht gezwungen sind.

B. Die zweite Erwägung geht dahin: Ist das Interesse des Erblassers an der Vollziehung seines letzten Willens unzweifelhaft voll anzuerkennen, soweit kann es keine Anerkennung beanspruchen, dass mit Rücksicht darauf der überlebende Erbe in der Verteidigung seines Erbrechts (durch den T.-V.) beschränkt und gebunden wird.

Nicht, dass die letztwillig Bedachten ihre Rechte nicht nachdrücklich wahrnehmen und schützen werden, ist die Sorge des Erblassers sondern, dass sie, (weil böswillig und widerspenstig u. s. w.) ihren mannigfachen Verpflichtungen nicht, oder (weil ohne Geschäftserfahrung) nicht in der vom Erblasser gewünschten

Weise nachkommen werden. Jeder der auf irgend eine Art Bedachten soll richtig und schnell das Seinige erhalten, den Erben der aus der Nachlassliquidation hervorgehende Restbestand ausgeantwortet werden. Bis zu dieser Grenze geht der berechtigte, durch den T.-V. zu realisierende Wunsch des Erblassers; darüber hinaus müssen der Rechtsordnung die Interessen der Ueberlebenden am Herzen liegen[1]).

Lediglich die zweite Erwägung befindet sich u. E. im Einklang mit dem Prinzip unserer Lehre; und es ist also zu sagen: Die Aufrechterhaltung des Testaments bezw. einer einzelnen Bestimmung (Erbeinsetzung, Anordnung eines Legats . . .) kurz: sog. Erbstreitigkeiten sind höchstpersönliche Sache der Erben und sonstigen Berechtigten: für eine Bevormundung derselben fehlt ein verständiges Motiv des Testators.

Der Erbe, der Vertrauen zum T.-V. gewonnen hat und selbst nicht kundig ist, wird gewiss auch bereitwilligst die Führung der fraglichen Prozesse in seine Hände legen; ohne eine solche besondere Ermächtigung jedoch ist der T.-V. zu einer Vertretung des Erben nicht befugt[2]).

---

[1]) Dass der Erblasser über die oben angegebene Grenze hinaus, oder besser gesagt: in erster Linie auch wünscht, die Eingesetzten möchten thatsächlich seine Erben werden und es bleiben, ist klar; nur kann er sein Interesse daran nicht durch den T.-V. vertreten lassen und die Erben durch ihn binden. So weit den Kreis der Aufgabe des T.-V. auszudehnen, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, weil — abgesehen davon, dass der Erwerb eines (Erb)-Rechts stets der Entschliessung des Delaten vorbehalten werden muss — das erblasserische Interesse an der Erhaltung des einmal erworbenen Erbrechts mit dem des Erben identisch und daher durch diesen naturgemäss am besten mitgewahrt erscheint.

[2]) Eine (gesetzliche) Vertretung der Erben oder anderweit Bedachten durch den T.-V. in einem Prozess, in dem es sich um ihr Recht handelt, lässt sich auch nicht verteidigen (s. Sturm aaO. S. 51 f.) mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer dem Testament zuwiderlaufenden Collusion des Bedachten mit seinem Gegner, zu Gunsten des letzteren. Denn derartige Manöver sind dadurch, dass der T.-V. den Prozess siegreich durchführt, nicht unterbunden. Auch werden die Betreffenden,

Zu der Erwägung sub. B. ist zu vergleichen Hinschius, Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege I S. 658 f, und Anwalts-Ztg. Seite 789 ff. Dernburg, Preuss. Privatrecht § 166 S. 491, Stobbe aaO. V. 273 ff. Förster - Eccius aaO. IV. S. 465, 466 Note 43; Entschdg. des Preuss. Obertribunals Bd. XXXIII S. 43; Entschdg. des Reichsgerichts bei Gruchot Bd. XXVIII S. 260, XXXII S. 986 und Entschdg. des RG. in Civilsachen Bd. XXXII No. 39 S. 154 f. entgegen der Entschdg. Bd. IX No. 56. Als Grund gegen die Passivlegitimation des T.-V. in Erbstreitigkeiten wird vom Reichsgericht die Praxis mehrerer Obergerichte angegeben. Nichts destoweniger will das Reichsgericht aaO. S. 155 eine besondere Vollmacht des Testators an den T.-V. in der Art zulassen, „dass dadurch sogar die Befugnisse der Erben zur Vertretung des eigenen Erbrechts beschränkt werden"; „vorausgesetzt, dass seine, (des Testators) Disposition nicht gegen zwingende Rechtsnormen verstösst, insbesondere nicht bestehende Pflichtteilsrechte verletzt".

Das geht entschieden zu weit. — Im BGB. finden wir die Frage der Passivlegitimation des T.-V in Erbstreitigkeiten nur für einen Fall, den Fall der Klage eines ein Pflichtteil Beanspruchenden geregelt. § 2213 Satz 3 sagt:

„Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden".

Die oben aus dem Prinzip der Lehre entwickelten allgemeineren Sätze dürften auch für das künftige Recht Beachtung verdienen.

Viele nehmen an[1]), dass der T.-V., wenn ein Nachlassschuldner ihm gegenüber zur Erschütterung seiner Aktivlegitimation incidenter die Giltigkeit des Testamentes bestreitet, zur Verteidigung des Testamentes befugt sei.

Auch für solchen Fall ist u. E jedwede Befugnis des T.-V. in der fraglichen Richtung zu verneinen und an dem oben S. 66 B. aufgestellten Grundsatz, der schlechtweg über die Passiv-

wenn sie von vornherein eine Collusion beabsichtigen, schwerlich für ihre Zwecke den umständlichen Weg des Prozesses wählen.

[1]) Cf. Förster Eccius aaO. § 255. S. 465.

legitimation des T.-V. in sog. Erbstreitigkeiten gelten muss, festzuhalten.

Das Resultat der gegnerischen Meinung ist: das zwischen dem T.-V. und dem Nachlassschuldner ergehende Urteil beschreitet, sowohl hinsichtlich des Hauptanspruches wie auch bezüglich der Incident-Feststellung, Rechtskraft, und beide Entscheidungen wirken für und gegen den Erben. Durch eine ungünstige Incidentfeststellung würde daher nicht nur die Unwirksamkeit der Einsetzung und somit die mangelnde Legitimation des klagenden T.-V. gegenüber dem Nachlassschuldner dargethan, sondern auch dem Erben bezüglich seines Erbrechts, (das die Grundlage des Anspruchs gegen den Nachlassschuldner ist), präjudiziert.

Einen solchen Effekt aber kann der T.-V. aus eigener Macht unmöglich herbeiführen. Die Frage der Giltigkeit des Testaments kann, auch als Präjudizialfrage, bindend nur in einem Prozess zum Austrag gebracht werden, in dem der Erbe Partei ist.

II. Es bleibt die Frage zu erörtern, wieweit eine Nebenintervention des T.-V. in sog. Erbstreitigkeiten zuzulassen ist.

Die Frage ist nicht durchweg im gleichen — negativen - Sinn zu beantworten, wie die Frage nach der Passivlegitimation des T.-V. in der fragl. Kategorie von Prozessen.

Bezüglich (a) der Streitigkeiten der Miterben über ihre Quoten und (b) der Ansprüche Pflichtteilsberechtigter würde allerdings auch ein blosses Interventionsrecht des T.-V. den oben S. 67 festgestellten Rahmen des erblasserischen Interesses überschreiten[1]). Für den Fall (c) eines Angriffes auf die formelle Giltigkeit des Testaments jedoch ist ein Interventionsrecht des T.-V. zuzulassen. Hierbei leitet uns folgende Betrachtung: Bei den Prozessen der Kategorien a und b, — wie sie auch ausgehen mögen — kann die Stellung des T.-V. nicht in Mitleidenschaft gezogen werden; wird aber wegen formeller Mängel die Rechtsgiltigkeit des ganzen Testaments angefochten, dann steht und fällt, je nach dem Ausgang des Prozesses, mit sämtlichen Erbes-

[1]) A. Mg. Marcus, aaO. S. 74 b.

einsetzungen u. s. w. auch die Einsetzung des T.-V. Die Beteiligung der Erben (als Passivlegitimierter), der Legatare (als Intervenienten) ist in diesem Prozess gewährleistet infolge ihrer testamentarischen Rechte bezw. ihres hieraus resultierenden rechtlichen Interesses; dem T.-V. freilich ist ein solches subjectives Recht, wie z. B. den Legataren, auf das er eine Intervention gemäss § 66 CPO. stützen könnte, im Testament nicht verliehen (cf. u. S. 80), aber in Consequenz der Anerkennung des erblasserischen Interesses an der Vollziehung seines Willens schlechthin, muss auch das Interesse Schutz finden, das der Erblasser daran hat, dass sein Vollziehungsorgan, der T.-V., auch wirklich in Funktion trete. Dies specielle Interesse des Testators vertritt der T.-V., wenn er seine Einsetzung in Form der Nebenintervention verteidigt; auf dem Rechtsverhältnis der Testamentsexecution ruht sein — von § 66 CPO. erfordertes — „rechtliches Interesse."

4.

Prozessuale Vertretung von Bestimmungen des Testaments, die ein Recht an einen Ueberlebenden nicht verleihen.

In Vorstehendem ist nur die Rede gewesen von der prozessualen Vertretung und Aufrechterhaltung solcher Testamentsbestimmungen, welche Vergabungen enthalten, Rechte (Erbrechte u. s. w.) einräumen, bezw. von der Vertretung dieser Rechte selbst, nicht auch von der Verteidigung solcher Anordnungen, die keine Zuwendungen enthalten, und an denen kein Ueberlebender ein rechtliches Interesse hat: z. B. Bestimmungen über die Art des Begräbnisses des Erblassers, Monumentserrichtung u. s. w.

Wird die Giltigkeit solcher Anordnungen von den durch sie Benachteiligten bestritten, dann muss der T.-V. unzweifelhaft für diesen Streit als passiv legitimiert gelten, denn die fragl. Bestimmungen werden ja ausschliesslich von dem Interesse des Verstorbenen getragen, ihre Verteidigung durch den T.-V. als Organ des erblasserischen Interesses, würde keinem anderen — vorzüglich zu berücksichtigenden — Interesse vorgreifen. (cf. das oben S. 66 ff. gesagte.)

5.

Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozess.

In den Fällen, in denen der T.-V. unbedingt als aktiv und passiv legitimiert gelten muss (Nr. 1. 2. 4.), kann, so sollte man meinen, seine prozessuale Stellung nicht streitig sein[1]).

Gleichwohl herrscht hier keine Einigkeit. Darum haben wir unsere Ansicht kurz zu begründen. Es giebt nur zwei Möglichkeiten bezügl. seiner Prozessrolle: entweder führt er den Prozess im eigenen Namen als Testamentsvollstrecker N. N., also als Partei, oder in fremdem Namen, und dann als ein — gesetzlicher — Vertreter[2]).

Da, wie wir sahen, der T.-V. ausserhalb des Prozesses als technischer gesetzlicher Vertreter (insbes. der Erben) keinesfalls aufgefasst werden kann sondern selbständig dasteht, so muss logischerweise dasselbe für den Prozess gelten; der T.-V. muss daher als Partei betrachtet werden (cf. Hartmann aaO. I S. 17ff; Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. III. S. 256, ders. gesammelte Beiträge zum Civilprozess (1894) S. 347.); und zwar hat er, was von Kohler Prozessstandschaft genannt worden ist d. h. „die Befugnis, Prozesse zu führen mit Einwirkung auf einen Dritten, sodass durch die res judicata nicht nur der prozessführende Teil sondern auch ein Drittberechtigter gebunden wird[3])."

„Eine solche Prozessstandschaft findet ihre sofortige Erklärung in dem Dispositionsrecht: der Prozess ist keine Disposition, aber er kann zur Eigentumsveränderung führen, er kann den Erfolg einer Disposition haben; es ist daher sehr rationell, demjeni-

---

[1]) Cf. Struckmann u. Koch, die CPO f. d. Dtsch. Reich. 6. Aufl. (1895) § 51 Nr. 5. S. 60; Endemann aaO. § 52 S. 221. 230. —

[2]) Wer als Partei im Sinne der CPO. zu gelten hat, ist bündig im Gesetz nicht gesagt — nur einzelne Merkmale des Begriffes sind über die Prozessordnung verstreut — wohl aber, wer als gesetzlicher Prozessvertreter anzusehen ist. Cf. § 51 CPO.

[3]) Kohler, Grünhuts Zeitschrift d. Pr. u. öff. R. Bd. XIV. S. 39; ders. Zeitschr. f. Civilprozess Bd. XII. S 102ff.: ders. Arch. f. bürg. Recht aaO. ders. Beiträge aaO.

gen, dem das Dispositionsrecht zusteht, auch die Prozessstandschaft zu geben, und wie der Dispositionsberechtigte im eigenen Namen, nicht procuratorio nomine disponiert . . . . ., so prozessiert er im eigenen Namen . . . . .[1]). —

Gegen die Ansicht, wonach Personen, „die kraft eines ihnen übertragenen Amtes oder eines obrigkeitlichen Auftrags ein fremdes Vermögen verwalten und aus Veranlassung dieser Vermögensverwaltung einen Prozess führen", sog. Güterverwaltern, insbes. dem T.-V. und Konkursverwalter (die uns hier am meisten interessieren), die Rolle einer Partei zukomme, hat sich hauptsächlich Petersen gewendet[2]).

Petersen bestreitet ihnen die Parteistellung mit Rücksicht auf den gemeinrechtlichen Parteibegriff, dem sie sich, weil er für die Partei ein „selbstisches Interesse" fordert, nicht unterordnen lassen: „Partei ist derjenige, der in eignem Namen und zur Wahrung seiner eigenen Interessen, selbst oder unter Vermittlung anderer, ihn vertretender Personen einen Prozess führt, aus dessen Vermögen aber auch der zur Durchführung des Prozesses erforderliche Aufwand zu bestreiten, insbes. der Anspruch des siegreichen Gegners auf Ersatz der Prozesskosten zu befriedigen ist." [aaO. S. 15].

Nun sei es augenscheinlich, meint Petersen, dass die gesetzlich anerkannten Güterverwalter, wenn sie im Laufe ihrer Verwaltung Prozesse führen, nicht eigene Interessen wahrnähmen; sie brauchten auch dem Gegner nicht aus eigenen Mitteln die Prozesskosten zu ersetzen; das erstrittene Urteil könne nicht für und gegen ihr Vermögen exequiert werden und seine Rechtskraftwirkung erstrecke sich nicht auf sie. Auch die §§ 41. 1–3 (Ausschluss vom Richteramt wegen naher Verwandtschaft mit der

[1]) Kohler, Iherings Jahrbücher Bd. XXIV, 319 f.

[2]) Petersen, „(über Parteibegriff und Parteifähigkeit") Zeitschrift f. Zivilprozess Bd. XVIII. S. 1 ff. Petersen fasst unter dem Sammelbegriff: Güterverwalter (curatores bonorum) übrigens Verhältnisse ganz verschiedener Konstruktion. So figurieren neben dem T.-V. [aaO. S. 4], dem Konkursverwalter [S. 41. 31.], und curator ventris [S. 40] der Vormund [S. 12] und der curator absentis [S. 40] u. s. f.

Partei), § 383, 1—3 (Zeugnisverweigerungsrecht wegen naher Verwandtschaft mit der Partei), § 393 Nr. 3, § 408 liessen erkennen, dass die CPO. als Parteien nur Personen gedacht habe, welche in egoistischem Interesse in dem oben definierten Sinn einen Prozess führen, Verwalter fremden Vermögens daher nur als gesetzliche Vertreter zu behandeln seien.

Was Petersen bei seinen Untersuchungen übersehen hat,[1]) und was ihn u. E. vom richtigen Wege abgedrängt hat, ist, dass er bei den sog. Güterverwaltern, insbes. dem T.-V. und dem Konkursverwalter, nicht ihre Stellung als Privatpersonen von ihrer Stellung als Verwalter scheidet. Es ist ein anderes, ob — wie aus dem Rubrum der Klage deutlich ersichtlich — Herr Schulze in seinen Angelegenheiten oder der T.-V. oder Konkursverwalter Schulze klagt. Als solcher klagt er als Organ eines — allerdings nicht eigenen, jedoch eines — gleichfalls als schutzwürdig von der Rechtsordnung anerkannten Interesses, eines Interesses, das einen eigenen physischen Träger und Vertreter, der im eigenen Interesse klagen könnte, garnicht hat und daher nur durch ein Organ wahrgenommen werden kann. Die prozessuale Stellung dieses Organs muss der, des ein eigenes Interesse Vertretenden analog sein. Das Organ, Herr Schulze in seiner Eigenschaft als Organ, ist ebenso Partei, wie er es in eigener Sache sein würde. Er handelt als solches auch nicht in fremdem Namen — wie Petersen bei den Güterverwaltern ständig unterstellt — sondern im eigenen Namen: als T.-V., als Konkursverwalter.

Eine seltsame Rechtsordnung, die dem Organ eines von ihr anerkannten Interesses zwar ausserhalb des Prozesses die gebührende selbständige Stellung giebt, ihm aber für den Prozessfall nicht die gleiche selbständige Position, die einer Partei, geben wollte.

Die Vorschriften, welche die CPO. in Ansehung der Parteien trifft, passen sehr wohl auch auf solche Personen, die als Organe

[1]) S. auch Levy, Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. III. S. 239 und Goldfeld aaO. S. 88.

eines rechtlich geschützten Interesses einen Prozess führen: § 91 CPO. bestimmt: „die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen . . .“ Unterliegt also der T.-V. Schulze im Prozess, so hat er in seiner Eigenschaft als Vollstrecker die Kosten zu tragen; im Umfang seiner Rechtsmacht haftet er dafür; er entnimmt als Organ des erblasserischen Interesses kraft seiner Dispositionsbefugnis über den Nachlass diesem die notwendigen Beträge[1]).

Die Vollstreckung des Urteils geschieht nicht — wie aus dem Rubrum der Prozessakten: „N. N. contra Schulze, Testamentsvollstrecker der X'schen Erbschaft“ ersichtlich — in sein Privatvermögen sondern in seine Rechtssphäre als T.-V. d. h. in den seiner Disposition unterworfenen Nachlass. § 748 CPO. Die Rechtskraft des Urteils wirkt zwischen der Gegenpartei und ihm qua T.-V. § 325 CPO.; er kann als solcher nicht zum zweiten Mal dieselbe (Nachlass-)Forderung geltend machen, dieselbe (Nachlass-)Sache herausverlangen u. s. w. Gleichzeitig freilich

[1]) Wird Herr Schulze, während er einen für Prozesskosten unzureichenden Nachlass hinter sich hat, als T.-V. verklagt, so kann ihm persönlich, in seiner Eigenschaft als Privatmann, nicht etwa eine ev. Kostenhaftung zugemutet werden, da sich ja die Klage von vornherein nur gegen ihn als Organ gerichtet hat. Als solches haftet er lediglich im Umfange seiner Rechtsmacht mit dem Nachlass und bleibt ev. wie ein zahlungsunfähiger Schuldner frustra excussus. Zu einem andern Ergebnis, (persönlicher Haftung,) kommt, weil er gleichfalls nicht im T.-V. Privatperson und Organ scharf trennt, Kohler, Ges. Beiträge S. 34 f.

Strengt der T.-V. trotz ihm bekannter Insuffizienz des Nachlasses seinerseits im Interesse der Vollziehung des letzten Willens eine Klage an, so tritt auch hier eine ev. persönliche Obliegierung für die Kosten nicht ein; denn dass ein trotz unzureichenden Nachlasses klagender T.-V. ev. für seine Person die Kosten tragen will, wird man nicht unterstellen können. Nur bei dolus des T.-V. könnte sich eine persönliche Kostenerstattungspflicht gegenüber dem anderen Teil rechtfertigen. (Über die Vollstreckung der gegen den T.-V. ergehenden, auch über die Kostenfrage entscheidenden Urteile in das Vermögen der Erben s. o. S. 59. 63; CPO. § 327. 728. Abs. 2).

wirkt das rechtskräftige Urteil für und gegen die Erben; dies nicht etwa, weil sie Partei wären, sondern vielmehr, weil der T.-V. Prozessstandschaft hat. S. o. S. 71. § 327 § 728 Abs. 2 CPO. Was die §§ 41. 1—3, 383. 1—3, 393, 408 CPO. (s. o. S. 72 f.) betrifft, so haben sie natürlich nur da Sinn und kommen nur da zur Geltung, wo eine Partei ein eigenes, selbstisches Interesse verfolgt, nicht dagegen, wo jemand als Organ eines nicht-eigenen Interesses einen Prozess führt. Die individuelle Persönlichkeit des Organs mit ihren Interessen scheidet hier ja ganz aus dem Betrachtungskreis aus: als T.-V. d. h. als Organ eines fremden Interesses hat Herr Schulze keine Verwandten und Verschwägerten u. s. w.

Das Resultat, zu dem wir hier kommen, ist, dass der Parteibegriff, der zur Parteirolle ein eignes Interesse verlangt, zu eng ist: auch solchen Personen ist unbedingt Parteistellung einzuräumen, die als Organe eines ausserhalb ihrer Persönlichkeit liegenden, rechtlich anerkannten Interesses einen Prozess führen; zu ihnen gehört u. a. auch der T.-V. [1]).

Bezüglich des nahe verwandten Konkursverwalters ist schon das Reichsgericht auf den richtigen Weg gelangt; in seiner Entscheidung Bd. XXIX S. 29 hat es den Konkursverwalter in dem von ihm geführten Prozess als Partei anerkannt [2]).

[1]) Cf. hierzu Struckmann u. Koch aaO. S. 60 Nr. 5; Endemann aaO. S. 230. Dem T.-V. sind gleichzustellen der Konkursverwalter, die S. 26 genannten Pfleger, der Liquidator (u. der offne Handelsgesellschafter s. S. 28. N. 3 am Ende). — Gegen den herrschenden Parteibegriff und zwar gegen das Moment des selbstischen Interesses, das nach ihm erforderlich ist, haben sich schon Oetker, Jurist. Litteraturblatt II. 1890. S. 189 u. Stegemann, (die Parteien im Prozess) Zeitschr. f. Civ. Proz. Bd. XVII. S. 326 ff. gewendet. —

Die Streitfrage, ob der T.-V. suo nomine klagt oder als Stellvertreter, ist übrigens uralt. Cf. darüber Durandus, Speculum juris lib. II. partic. II. tit. „de instrumentorum editione" § 13. Schultze aaO. S. 180.

[2]) cf. hierzu Eccius, Gruchots Beiträge Bd. XXXIII S. 736 ff., Stegemann u. Oetker aaO.; dagegen Petersen aaO. S. 41 ff.

Bezüglich des T.-V. lässt die neue CPO. keinen Zweifel daran übrig, dass er als Partei gedacht ist. Dies ergiebt sich deutlich, wenn man § 325 und 327 zusammenhält: § 325 sagt „Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien . . .“ und § 327 bestimmt „Ein Urteil, das zwischen einem T.-V. und einem Dritten über ein der Verwaltung des T.-V. unterliegendes Recht ergeht, wirkt für und gegen den Erben u. s. w.“ Der Vorschrift dieses letzteren § hätte es nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber den T.-V. als gesetzlichen Vertreter der Erben und nicht als selbständige Partei angesehen hätte[1]).

Nach Petersen gehört die Kategorie der Güterverwalter im Prozess nicht zur Klasse der Parteien, sondern zu den gesetzlichen Vertretern. Der oben wiedergegebene Parteibegriff steht für Petersen unumstösslich fest. Petersen kommt zu seiner Ansicht, nachdem er die Begriffe: Stellvertretung und Prozessfähigkeit nochmals untersucht hat. (aaO. S. 22 ff.) Das Ergebnis seiner Untersuchung bringt ihn in Gegensatz zu folgenden beiden elementaren und von uns für unanfechtbar gehaltenen Sätzen: Wie es im materiellen Recht eine gesetzliche Vertretung nur für handlungsunfähige Personen giebt,[2]) ist auch im Prozess unter der Herrschaft der CPO. nur für Personen, denen die Handlungsfähigkeit für den Prozess, die Prozessfähigkeit fehlt, eine gesetzliche Vertretung denkbar. cfr. § 51 CPO.

Was nun erstens die gesetzliche Vertretung im materiellen Recht betrifft, so führt Petersen aus, dass es zum Begriff des Stellvertreters nicht notwendig sei, dass er im Interesse des Vertretenen handele; es genüge, dass jemand im Namen und an Stelle eines andern handelt; diese Befugnis könne im Willen eines Dritten ihren Grund haben, aber auch auf dem Gesetz beruhen; durch

[1]) In den Materialien zur CPO (Carl Heymanns Verlag 1898) „Begründung des Entwurfes etc. . . . .“ S. 155 f. heisst es, dass der T.-V. die Befugnis zur Prozessführung „wie seine sonstigen Befugnisse zu eignem Recht habe; er ist nicht wie der Nachlasspfleger Vertreter der Erben.“

[2]) Die für den Ausnahmefall aus Zweckmässigkeitsrücksichten angeordnete cura absentis BGB. § 1911 (1960) bestätigt nur die Regel.

dieses werde in verschiedenen Fällen einer handlungsfähigen Person die Verwaltung ihres Vermögens ganz oder teilweise nebst der Fähigkeit, dieses Vermögen durch von ihr getroffene Verfügungen zu verpflichten, entzogen, und die Verwaltung dieses Vermögens, zugleich mit der Befugnis die erforderlichen Prozesse zu führen, einer dritten Person als ihrem Vertreter übertragen.

Dieses „als ihrem Vertreter" ist ein Schluss, der sich aus dem im Vordersatz Vorgetragenen nicht rechtfertigt. Der ganze von Petersen skizzierte Vertreter-Begriff ist nicht der richtige. (Dagegen Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht (1885) S. 4 ff.)

Da bei den Verhältnissen, die Petersen im Auge hat, Konkursverwaltung u. s. w. gerade mit Rücksicht auf den besonderen Zweck derselben der Wille des Vermögenssubjektes von irgend welcher Einwirkung auf dasselbe überhaupt ausgeschlossen ist, so muss der Gedanke an eine Vertretung desselben, an Berücksichtigung seiner Interessen, vollkommen in den Hintergrund treten, ja gänzlich fern bleiben[1]).

Ein fremdes Interesse beherrscht das Vermögen. Allein diesem Interesse dient, dieses Interesse vertritt und nimmt wahr, wen die Rechtsordnung zur Verwaltung und Verfügung über das Vermögen beruft. Nicht einmal äusserlich giebt sich ein Stellvertretungsverhältnis kund, da bei den in Frage kommenden Verhältnissen der angebliche Vertreter garnicht einmal im Namen des angeblich Vertretenen — wie Petersen unterstellt — handelt; er handelt in eigenem Namen: als Konkursverwalter N. N., als Testamentsvollstrecker N. N. Dass die hier fragl. Verwalter thatsächlich „an Stelle" der eigentlichen Vermögenssubjekte handeln, ist eine Folgeerscheinung der Grundidee, wonach zur Realisierung bestimmter anerkannter Interessen Personen die Verfügung über ihre Güter entzogen und in die Hände Dritter gelegt wird; unmöglich kann die Thatsache, dass A anstatt des B, nicht einmal

[1]) Treffend Henrici, Sächsisches Archiv f. bürg. Recht u. Prozess. (Stellung des Konkursverwalters) Bd. II S. 338.

in dessen Namen, handelt, die Grundlage abgeben für die Schlussfolgerung: also vertritt A den B [1]).

Wer den Gedanken der Stellvertretung in diese Verhältnisse hineinträgt, bringt etwas, was nicht hineingehört und die Erkenntnis ihrer wahren Struktur unmöglich macht.

Den Personen, die angeblich durch die Güterverwalter vertreten werden sollen: Cridar, Erben u. s. w. schreibt Petersen, weil ihnen die Befugnis fehlt, über bestimmte Teile ihres Vermögens zu verfügen, eine — partielle — Prozessunfähigkeit in Ansehung der Prozesse über diese Vermögensbestandteile zu, sodass sich auf diese Weise eine gesetzliche Vertretung auch im Prozess rechtfertigt. Petersen begeht damit die häufig beobachtete Verwechselung (cf. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses I (1885) S. 537 u. S. 427) von Prozessunfähigkeit und Mangel der Sachlegitimation. Dagegen hat sich ausführlich und treffend gewendet: Stegemann aaO. S. 332 ff; cf. auch Eccius, bei Gruchot Bd. XXXIII S. 732 f.; dagegen auch Seuffert, Commentar zur CPO. (1895) 7. Aufl. S. 73; Gaupp, die CPO. für das deutsche Reich (1897) 3. Aufl. zu § 50 III a. E.; Struckmann u. Koch aaO. § 51 N. 5 S. 60, s. auch Oetker aaO. S. 189 Sp. I. Dass die Prozessfähigkeit dem Gemeinschuldner, den Erben u. s. w. nicht fehlt, da sie (nach dem Konkurs, nach dem Erbfall) an ihrer Verpflichtungsfähigkeit nichts eingebüsst haben, erhellt aus § 52 Abs. 1 CPO. deutlich. Sie können sich Dritten gegenüber sogar bezüglich des ihrer Verwaltung entzogenen Vermögens giltig verpflichten. (cf. § 7 K.-O.; s. auch Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. I, § 116, 2. S. 797, 801 N. 26); jedoch zu einer

[1]) Mit Recht sagt Stegemann aaO. S. 331, dass es „dem juristischen Denken und natürlichen Empfinden in gleicher Weise" widerstrebt, da, wo jemand in einem Interesse über eine fremde Rechtssphäre gebiete, das oft direkt im Widerspruch steht mit dem Interesse des Rechtssubjekts, von einem Vertretungsverhältnis zu reden. Ebenso Mitteis aaO. S. 5. Petersen müsste auch in dem Falle, wo der T.-V. im Prozess gegen den Erben von diesem eine (z. B. legierte) Nachlass-Sache herausverlangt (cf. § 16 dieser Arbeit, S. 58 Nr. 2). sagen, der T.-V. handle als sein gesetzlicher Vertreter.

absolut wirksamen Verfügung darüber, wie zu einem Prozess über dies Vermögen, fehlt ihnen die Dispositionsbefugnis,[1]) die Aktivlegitimation. Die Begriffe (Handlungsfähigkeit oder besser Geschäftsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit und Dispositionsbefugnis sind scharf zu trennen. cf. Stegemann aaO. S. 334 ff.; Henrici aaO. S. 348 [2]).

Petersen selbst, scheint es, ist nicht zur vollen Überzeugung gekommen, dass seine Ausführungen jede Schwierigkeit bezüglich der Rechtsstellung der Güterverwalter gehoben haben. Denn auf S. 50 f. aaO. ist ihm speziell die Stellung des T.-V. doch noch zweifelhaft, und er empfiehlt hier, um alle Zweifel auszuschliessen, gesetzlich dem Nachlass Parteifähigkeit zu verleihen und den T.-V. als gesetzlichen Vertreter dieses zu betrachten. Ein ähnlicher Vorschlag findet sich auch — in eventum — [S. 28] bezgl. des Konkursverwalters. (So auch Eccius aaO. Bd. I, S. 802, N. 26.)

So wenig man sich der Meinung wird anschliessen können, dass Cridar, Erben usw. relativ prozessunfähig sein sollen, wird man der Ansicht (von Gaupp aaO. S. 133 und Seuffert aaO. S. 70, Wach aaO. § 51 S. 589 und Planck, Lehrbuch d. dtsch. Civ.-Prozesses Bd. I, S. 222) folgen können, wonach hier Personen, die an sich vollkommen prozessfähig seien, einen gesetzlichen Vertreter erhalten haben. Die Kategorie gesetzlicher Vertreter prozessfähiger Personen widerspricht dem Geist und den Bestimmungen der CPO. (cf. § 51), sie kennt nur gesetzliche Vertreter nicht prozessfähiger Parteien. Hierzu Stegemann aaO. S. 339 ff

Alle diese Diffikultäten, in die die Gegner kommen, haben ihre Ursachen in dem von der herrschenden Meinung zu eng gefassten Parteibegriff, sie schwinden, sobald man im Einklang mit der Prozessordnung und nach der Natur der Sache dem Organ

[1]) Der gute Glaube des Dritten wird natürlich geschützt. cf. § 2211 Abs. 2 BGB.

[2]) Nach Petersens Ansicht, wonach der T.-V. gesetzlicher Vertreter der Erben ist, ist die von uns mit Rücksicht auf § 66 CPO. dem Erben eröffnete, persönliche Beteiligung am Prozess (: als Nebenintervenient s. o S. 63) unmöglich. Ist das wohl ein praktisches Resultat zu nennen?

eines rechtlich anerkannten Interesses die gleiche prozessuale Stellung, die einer Partei, giebt, wie dem Träger und Vertreter eigener Interessen. —

§ 17. Anhang. Hartmanns Meinung.

Gestatten die in den vorstehenden §§ 13—16 aufgeführten Befugnisse des T.-V. wohl den Schluss, den Hartmann, Verhandlg. d. 21. Juristentages Bd. I. S. 17. a. E. ff. zieht, den Schluss auf ein eigenes Recht des T.-V., aus dem alle seine Macht fliesst und das ihm mit seiner Ernennung verliehen ist?

Wir glauben nicht, dass man davon wird sprechen dürfen. Zu einem Recht fehlt dem T.-V. das eigene — rechtlich geschützte — Interesse.

Der T.-V. bleibt trotz seiner mannigfachen Befugnisse das, was er in Wirklichkeit ist: Organ eines fremden Interesses; als solches erhält er nur eine — unter Umständen wiederrufliche (s. S. 94 f.) — fiduziarische erbrechtlich-dingliche Dispositionsgewalt über den Nachlass; sie lässt sich nicht als ein dem Vollstrecker als Privatmann zustehendes (Genuss-)Recht auffassen. Wir glauben auch nicht, dass uns der Gedanke: der T.-V. mache durch Annahme seines Amtes das „einstige Interesse des Erblassers zu seinem eigenen, lebendigen — idealen — Interesse [1])“ in der ursprünglichen und natürlichen Auffassung der Stellung des T.-V. erschüttern kann und uns zur Annahme eines „Eigenrechts“ führen muss.

Es liegt unzweifelhaft etwas Gekünsteltes in Hartmanns Gedanken, und es ist von ihm ein gewagter Schritt, — über das

[1]) So schon der Postglossator Jacobus de Arena (cf. Schultze aaO. S. 180), der bezüglich der Frage, ob dem T.-V. die Stellung einer Partei oder die Rolle eines Stellvertreters im Prozesse zukomme, meint: „Die Parteistellung setze ein commodum, lucrum voraus, ein eigenes Interesse. Ein solches liege aber hier vor, es liege in der Befriedigung, die der Testamentsexekutor darin finde, dass er bei der Ausrichtung des vom Testator gewollten frommen Werkes thätig sei“ (propter lucrum quod sentit in pie agendo).

Gebiet des Familienrechts hinaus, wo es thatsächlich geschehen ist — lediglich ideale Interessen als subjektive Rechte anzuerkennen. —

Kapitel II.

Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Nachlassinteressenten.

I.

§. 18. Stellung gegenüber den Nachlassinteressenten insb. den Erben im allgemeinen.

Hat der T.-V. das Amt angenommen, dann müssen die Nachlassinteressenten, insbes. die Erben, ihn als Vollzugsorgan des letzten Willens mit der ihm nach dem Prinzip der Lehre (nach Typus I) gebührenden Dispositionsbefugnis und sämtlichen daraus folgenden Einzelbefugnissen anerkennen.

Der T.-V. steht, da er seine Macht vom Erblasser und nicht aus einem Vertragsverhältnis mit den Erben (Mandat) herleitet, nicht neben sondern über diesen, unabhängig von ihrem Willen. Der im Testament niedergelegte Wille des Testators ist allein für ihn massgebend; stützt er sich auf diesen, dann kann er selbst dem übereinstimmenden Willen der Erben mit Erfolg begegnen und sie zur Befolgung der testamentarischen Bestimmungen anhalten. cf. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XXV. Nr. 62. — a. Mg. Förster-Eccius Bd. IV. S. 471. sub 8 und Entschdg. des RG. Bd. XVI. Nr. 43.

Der Erbe kann ein der Verwaltung des T.-V. unterliegendes Recht nicht ausüben oder über dasselbe verfügen[1]), Gegenstände nicht giltig veräussern oder verpfänden, nicht mit Rechtswirkung kündigen, nicht wirksam, d. h. den Schuldner befreiend, Zahlungen in Empfang nehmen; das alles steht nur dem verwaltenden T.-V. zu[2]).

---

[1]) Cf. BGB. § 2201. und als Analogon § 6 der K. O.

[2]) Für den Fall, dass die Erben unbefugt von Nachlassschuldnern Zahlungen in Empfang nehmen, sind die Vorschriften der K. O. § 8,

II.

§ 19. Rechtliche Wirkungen der Handlungen des T.-V.[1])

Alle Verwaltungshandlungen des T.-V. z. B. Veräusserung von Nachlasssachen oder Aushändigung an Legatare, Führung von Prozessen, Eingehen von Verbindlichkeiten . . ., weil sie auf einer rechtlich anerkannten Dispositionsbefugnis über den Nachlass beruhen, sind im Verhältnis zu Dritten rechtlich bindend für die Subjekte der Masse, insbes. für die Erben[2]) — quoad hereditatem —, seien die Rechtsakte nun ordnungsmässig oder pflichtwidrig vorgenommen[3]).

Im Verhältnis zwischen dem T.-V. und den Erbinteressenten macht es freilich einen Unterschied, ob seine Handlungen pflichtgemässe waren oder nicht; denn danach bestimmen sich etwaige Schadensersatzansprüche der letzteren.

Das ist das Wesen der fiduziarischen, (d. h. auf der Treue (fiducia) beruhenden) Rechtsstellung des T.-V.: volle Rechtsmacht nach aussen, Gebundenheit nach innen[4]).

Diese Betrachtung leitet uns über auf die Besprechung der Pflichten des T.-V. gegen die Nachlassinteressenten und seine Haftung.

---

die von Zahlungen an den der Dispositionsbefugnis entbehrenden Cridar handeln, analog anzuwenden; insbes. ist stets der gute Glaube des Zahlenden zu schützen.

[1]) Die Wirkungen, die die prozessualen Handlungen des T.-V., (die Erwirkung von Urteilen) für die Erben haben, sind schon oben, vorweg, im Zusammenhang mit der Prozesslegitimation des T.-V. erörtert. § 16.

[2]) Aber auch für die Legatare, sofern ihnen Nachlassgegenstände oder Rechte an solchen vermacht sind. — (1, 1. C. 6. 43). —

[3]) Ganz ebenso steht es mit der Konkursverwaltung. Die Handlungen des Konkursverwalters sind schlechthin entscheidend für die Rechtsschicksale der Konkursmasse.

[4]) Endemann aaO. Bd. III. § 52 S. 221 f.; Lammer aaO. S. 2.

III.

§ 20. Pflichten des Testamentsvollstreckers.

I. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgedanken, dass derjenige, welcher fremdes Gut zu verwalten hat, insbes. wenn dies ohne Auftrag des Subjektes des frgl. Vermögens geschieht, verpflichtet ist, letzterem (hier also den Erben und ev. dinglich berechtigten Legataren) Rechnung über seine Thätigkeit abzulegen[1]) und in Konsequenz dieser Pflicht, als zweckmässige Grundlage für die Abrechnung, bei Beginn seiner Verwaltung ein Inventar aufzunehmen[2]).

Auch ist der T.-V. natürlich verpflichtet, den Erben jederzeit Einsicht in die Verwaltung zu gestatten[3]).

Nicht verpflichtet ist der T.-V. dagegen, den Erben von jedem Verwaltungsakt Kenntnis zu geben oder gar mit ihnen vorher Rücksprache zu nehmen[4]); wenngleich er als gewissenhafter T.-V. schon im eigenen Interesse — wegen seiner Verantwortlichkeit für jede seiner Handlungen — auch das nicht versäumen wird, sobald es sich um wichtigere Dinge handelt z. B. Veräusserungen von Grundstücken u. s. w.; bei Führung von Nachlassprozessen wird T.-V. den Nachlassinteressenten den Streit verkünden § 72 CPO.

II. Aus dem Wesen der Testamentsexecution als einer Beschränkung des Erben zu Gunsten des erblasserischen Interesses an der Durchführung des letzten Willens ergiebt sich, dass, soweit der angegebene Zweck es nicht erheischt, der Erbe in seinem Recht nicht unnötig beengt werden darf. So kann der

[1]) BGB. § 2218 § 259; cf. auch l. 1 J. 3, 27.

[2]) Cf. Beseler aaO. 213 ff. BGB. § 2215. Ausdrücklich bestimmt dann BGB. § 2220 noch, in gebührender Würdigung der Interessen der Ueberlebenden, dass der Testator den T.-V. von diesen beiden Pflichten nicht befreien kann. —

[3]) Hierzu Entschdg. d. RG. Bd. 14. Nr. 51 S. 208 f.

[4]) Hierzu Entschdg. des RG. Bd. XXXXII. Nr. 52. S. 224: cf. auch o. S. 57. N. 1.

Erbe, ohne dass es den Zielen der Testamentsexekution Abbruch thäte, die Herausgabe der Nachlassstücke soweit verlangen, als er für die Erfüllung sämtlicher auf ihnen lastender Verbindlichkeiten — mögen diese aus einem Schuldverhältnis des Erblassers zu einem Dritten entsprungen sein, oder aber auf einem Vermächtnis beruhen — dem T.-V. vollkommen ausreichende Sicherheit leistet. Ohne Sicherheit kann er die Ueberlassung derjenigen Gegenstände verlangen, deren der T.-V. zur Erfüllung seiner Aufgabe nicht bedarf. cf. § 2217. BGB.

III. Die hauptsächlichste Pflicht des T.-V. bezüglich der Erbinteressenten ist die Pflicht zur ordnungsmässigen Verwaltung des Nachlasses in dem Sinn, dass, was der T.-V. nach Annahme seines Amtes thut, der Handlungsweise eines bonus pater familias gleichkommen muss [1]).

1) Prinzipielle Rechtfertigung.

Man könnte vielleicht gleich hier einwenden wollen: da der T.-V. ein selbständiges Organ der erblasserischen Interessen mit eigener Verantwortung sei, so könne von irgend einer Verpflichtung des T.-V. Dritten gegenüber, so oder so zu handeln, gar keine Rede sein; das, was hier als Pflicht dargestellt werde, sei nichts anders als die Reflexwirkung der Haftung des T.-V., die nach allgemeinen Grundsätzen einträte, wenn er — in Vertretung der erblasserischen Interessen — fremde Rechte verletze; man habe es im Grunde beim T.-V. nur mit einer Verantwortlichkeit für ausserkontraktlich angerichteten Vermögensschaden zu thun. Nach denselben Regeln wie X dem Y hafte, wenn er ihm einen Sach- oder andern Vermögensschaden schuldhaft zufüge, hafte auch der T.-V. den Nachlassinteressenten, die durch ihn zu Schaden kommen. Eine solche Betrachtung würde u. E. nicht in die Tiefe dringen: X und Y stehen vor der frgl. Vermögensbeschädigung — zu einander in keinem rechtlich (vertragsmässig oder gesetzlich) geordneten Verhältnis; erst mit der Schadensverursachung schlingt sich um beide ein rechtliches Band. (Deliktsobligation).

[1]) Hierzu Entschdg. d. R. G. Bd. XXXXII Nr. 52. S. 223 f.

Der Testamentsvollstrecker aber tritt, da es sich bei der Testamentsexekution um ein nach allen Richtungen hin geordnetes Institut handelt, sofort mit der Uebernahme seines Amtes zu den Nachlassinteressenten in ein bestimmtes rechtliches durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz fixiertes Verhältnis.

Bei Regelung dieses Verhältnisses hat die Rechtsordnung, wie bei allen Instituten, die Interessen der Beteiligten sorgsam gegeneinander abgewogen und danach Macht- und Pflichtenkreis des Einzelnen begrenzt: In Anerkennung des erblasserischen Interesses an der Ausführung des letzten Willens ist statuiert, dass die Nachlassinteressenten sich die Verwaltung des T.-V. gefallen lassen müssen, aber vice versa ist in Erwägung der rechtlichen Interessen der Überlebenden eine Verflichtung des T.-V. zu ordnungsmässiger Verwaltung für angemessen erachtet und zur Norm erhoben.

Jede Verletzung dieser Verpflichtung mag sie dolo, culpa lata aut levi geschehen sein, macht den T.-V. den Interessenten verantwortlich. (cf. § 276 BGB.).

Zu diesem, gewiss billigen Resultat würde man nicht kommen, wenn man den oben bekämpften Standpunkt einnimmt und ein rechtliches Verhältnis zwischen dem T-V. und den Nachlassinteressenten leugnet: man müsste die allgemeinen Grundsätze über den Ersatz des ausserhalb eines Rechtsverhältnisses, (ungenau: ausserkontraktlich) angerichteten Vermögensschadens zur Anwendung bringen; und danach würde zwar der T.-V. für Sachschaden stets, für andern Vermögensschaden nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre [1]) jedoch nur bei dolus haften [2]).

[1]) Cf. u. a. bei Dernburg, Pandekten Bd. II § 135. Eine höchst bedeutsame Umgestaltung in dieser Lehre bringt uns das BGB. § 823.

[2]) Wenn man nicht eine Verpflichtung des T.-V. zu ordnungsmässiger Verwaltung den Nachlassinteressenten gegenüber annimmt, wird man z. B. nie zu dem Satz kommen (s. u S. 94), dass bei pflichtwidriger Amtsführung eine Absetzung (remotio) des T.-V. auf Betreiben der Interessenten möglich ist. Die Erben müssten — ohne jene Annahme — sich an der Haftung des T.-V. aus den schädigenden Handlungen genügen und ihn im übrigen weiter gewähren lassen; denn eine

2) Haftung gegenüber den Interessenten.

Die Verpflichtung und Verantwortlichkeit des Testamentsexekutors als eines selbständigen Organs besteht allen gegenüber, die Ansprüche an die Nachlassmasse haben und sich seine Verwaltung gefallen lassen müssen.[1])

Eine andere Regelung, an die z. B. die Verfechter der „Erben"-Vertretungstheorie denken könnten,: dass der T.-V. nur den Erben verantwortlich werde, die ihrerseits Dritten für alle, — auch die schuldhaften — Handlungen des T.-V. einzustehen haben, würde der prinzipiellen Stellung des T.-V. widerstreiten.

Es wäre gewiss ungerecht, den Erben, der kraft gesetzlicher Sanktion einen T.-V. dulden muss und mit gebundenen Händen der Nachlassregulierung zusieht, für das Verschulden einer fremden Person, die er nicht berufen hat, Dritten haften zu lassen und ihn selbst dann auf den unsicheren Weg des Regresses gegen den T.-V. zu weisen. Bei eigener Nachlassregulierung wäre vielleicht ein culposes Verhalten des Erben, Veruntreuungen u. s. w. nicht vorgekommen, oder wenigstens hätte der Erbe dann nur die eigene culpa zu vertreten brauchen.

Hat der T.-V. z. B. die als Vermächtnis hinterlassene Uhr beschädigt, oder den — wie Inventar und Rechnungslegung erweisen — aus der Nachlassmasse zur Anschaffung eines Gemäldes für den Legatar X. entnommenen Betrag veruntreut, so braucht der Erbe nicht für die Sachbeschädigung aufzukommen bezw. den schon einmal dem Nachlass entnommenen Wert zum zweitenmal aus der Masse zu erstatten, oder gar, wenn der Nachlass nicht zureicht, und er Erbe ohne Vorbehalt ist, aus eigenen Mitteln zu beschaffen.[2])

---

rechtliche Grundlage für seine Entfernung aus dem Amt fehlt ihnen, da der durchaus selbständige T.-V. ja nicht gegen eine positive Rechtspflicht zu ordnungsmässiger Verwaltung verstossen würde, wenn er ihre Interessen verletzte.

[1]) Cf. Beseler S. 205 f. aaO. Hartmann aaO. S. 40. Bluntschli aaO. S. 567.

[2]) Je krasser die Beispiele gewählt werden, um so deutlicher zeigt sich die Härte, welche die Annahme einer Haftung der Erben für die

Der T.-V. selbst wird vielmehr direkt den betreffenden Vermächtnisnehmern verantwortlich.[1])

Ist gar die Verwaltung des T.-V. eine so unordentliche, dass nicht einmal die Gläubiger aus der Masse, trotz vorhanden gewesener Sufficienz derselben, voll befriedigt werden, sondern Ausfälle erleiden, dann haftet den Nachlassgläubigern für das Verschulden des T.-V. ebenfalls nicht der Erbe sondern jener direkt. Doch sind hier zwei Fälle zu scheiden:

a. Die Gläubiger können sich wegen ihres Schadens allein an den T.-V. halten, wenn der Erbe ein sog. Benefizialerbe ist. (Der Benefizialerbe haftet für seine Person den Gläubigern nur cum viribus hereditatis; die hereditas ist aber gerade in diesem Fall durch Misswirtschaft des T.-V. unzureichend geworden.)

b. Hatte der Erbe, „ohne Vorbehalt" angetreten, dann ist allerdings neben dem direkt haftenden T.-V. auch der Erbe auf den Ausfall obligiert; jedoch liegt der Grund seiner Haftung nicht darin, das er für des T.-V. schuldhafte Handlungen aufzukommen

---

Handlungen des T.-V. mit sich bringt: Angenommen dem Erben ohne Vorbehalt ist wegen zahlreicher hoher Vermächtnisse von der ganzen Erbschaft nichts (oder nur seine Quart) geblieben. Nach beendigter Testamentsexekution stellt sich plötzlich heraus, dass der T.-V. die Vermächtnisse, die der Erbe ordnungsmässig erfüllt glauben durfte, unterschlagen hat. Die wirtschaftliche Existenz des ganz schuldlosen Erben könnte mit einem Schlage ruiniert sein, wenn er die Vermächtnisse nachträglich aus eigener Tasche ausbezahlen müsste. —

[1]) Es liegt auch sicher nicht in der Absicht des Erblassers, seinen Erben, der ebensowenig mit der Liquidation des Nachlasses etwas zu thun hat wie ein Legatar, schuldhaften Handlungen des T.-V. gegenüber schlechter zu stellen als diesen, in der Art, dass dem Erben allein zur Last gelegt wird, was der T.-V. in Ausführung der Vollziehung der Legate sündigt.

Beide, Legatar und Erbe, haben vom Erblasser Liberalitäten empfangen, beide sind, was die Erfüllung derselben betrifft, in gleicher Weise vom T.-V. abhängig, so muss billig auch jeder das Verschulden, das der T.-V. in Erfüllung der einen oder der anderen Liberalität begeht, für seine Person tragen und dafür Schadloshaltung allein beim Testamentsvollstrecker suchen. —

hat, sondern in dem Antritt ohne Vorbehalt, demzufolge sich die Nachlassgläubiger für jede ihrer Forderungen gegen den Erblasser auch an das Privatvermögen des Erben halten können.

Nach Vorstehendem muss der Satz gelten:

Je nachdem das Verhalten des T.-V. a) die Nachlassgläubiger schädigt, oder der T.-V. b) in Ausführung der Erfüllung eines Vermächtnisses, also gegenüber den Legataren, culpos — oder dolos — handelt, oder er c), abgesehen von den beiden ersten Fällen, sonst bei seiner liquidatorischen Thätigkeit zum Schaden der Erben schuldhaft verfährt, macht er sich den Gläubigern, bezw. den Legataren, bezw. den Erben verantwortlich. —

Nicht ganz soweit wie unsere Darstellung geht das BGB. § 2219: Der § statuiert nur eine Verantwortlichkeit des T.-V. gegenüber den Erben und Vermächtnisnehmern.[1])

Wie das BGB. sich die Lage der geschädigten Gläubiger denkt, darüber sagt es nichts. Es ist zwar nun richtig, dass nach dem BGB. regelmässig, wenn ein T.-V die Nachlassliquidation besorgt, der Erbe auch unbeschränkt haftet s. S. 61. 95., und die Gläubiger sich also stets an den Erben persönlich halten können; die Haftung des T.-V. auch den Nachlassgläubigern gegenüber ist aber selbst für das künftige Recht dann von Bedeutung, wenn der unbeschränkt haftende Erbe wenig oder kein eigenes Vermögen hat; darum hätte diese Haftung auch im § 2219 mit Aufnahme finden können.

[1]) Dass das BGB. eine Verantwortlichkeit des T.-V. auch gegenüber den Legataren statuiert, ist unzweifelhaft, nur in welcher Art, das kann nach dem Wortlaut, des § streitig sein:

„Verletzt der T.-V. die ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den daraus entstehenden Schaden dem Erben, und soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnisnehmer verantwortlich."

Soll man nun aus dem Wort „auch" herauslesen, dass der T.-V. dem Legatar neben dem Erben haftet, oder ist die Verantwortlichkeit des T.-V. gegenüber dem Legatar, wie in unserer Darstellung S. 87, als eine ausschliessliche zu denken? Da letztere Auslegung allein dem Geist der Lehre und der Billigkeit entspricht, so wird man ihr den Vorzug geben.

3) Die Verpflichtung des T.-V. zu ordnungsmässiger Verwaltung und seine Haftung ist in der Litteratur zumeist durch Fingierung eines Mandats zwischen dem T.-V. und den Erben erklärt worden. Das thaten u. a. seltsamer Weise auch solche Schriftsteller, die mit Recht das Mandat, als zur eigentümlichen Construktion des ganzen Verhältnisses unbrauchbar verworfen hatten.

Cf. Beseler aaO. 205 f. Windscheid aaO. § 567 No. 7. Gerber aaO. § 312 (Goldfeld aaO. S. 75). cf. auch BGB. § 2218.

Ganz abgesehen von der durchaus unzutreffenden Verwendung der Mandatsanalogie auch an dieser Stelle unserer Lehre, würde diese Analogie nur die Verantwortlichkeit des T.-V. gegenüber dem Erben kümmerlich erklären; zu dem Schlusse, dass eine gleiche Verantwortlichkeit gegenüber den anderen Nachlassinteressenten besteht, wird man mit Hilfe des „Mandats" schwerlich kommen.[1])

IV. Schliesslich ist als letzte Verpflichtung des T.-V., die aber nur gegenüber Miterben besteht, anzuführen, dass er, bevor er den aus der Nachlassliquidation hervorgegangenen Aktivbestand unter die coheredes verteilt, er dieselben über seinen Plan hört und ihren einstimmigen Wünschen, soweit sie sich mit dem Testament nicht in Widerspruch setzen, nachkommt. Soweit dürften die Interessen der Erben bei der Verteilung des Nachlasses zu berücksichtigen sein. cf. § 2204 BGB.

Kapitel III.

§ 21. Ende der Testamentsvollstreckung und das Ruhen derselben.

A. Endigungsgründe:

Die Endigungsgründe der Testamentsvollstreckung lassen sich in drei Gruppen teilen:

[1]) Auch Förster-Eccius aaO. S. 467 f. kommt nicht zu dem Resultat, wenn er den T.-V. als „Verwalter fremder Güter" ansieht, der „verantwortlich ist für die Innehaltung seiner Instruktion" und „Rechenschaft" abstatten muss „gegenüber denjenigen, denen der Nachlass zusteht, den letztwillig Bedachten." Cf. auch aaO. S. 491 sub 9.

I. Solche, die im Willen des Erblassers wurzeln:

Hat zum Beispiel der Testator das Ende des Vollstreckeramtes an einen Termin (dies) oder eine Resolutiv-Bedingung (condicio) gebunden, so wirkt der Eintritt der beiden Ereignisse in dem vom Testator gewünschten Sinne.

II. Endigungsgründe, die in der Person des Vollstreckers selbst liegen, sind (A) Tod, (B) Geschäftsunfähigkeit, (C) Aufkündigung.

A. Da die Ernennung zum T.-V. auf dem höchstpersönlichen Vertrauen des Erblassers zu dem Ernannten beruht, so erlischt die letztwillige Ermächtigung, wie die gewöhnliche Vollmacht, durch den Tod des Ermächtigten. cf. §§ 2225 2197. Abs. 2. BGB.

B. Ebenso endet das Amt des T.-V., was wohl kaum einer besonderen Begründung bedarf, durch Eintritt dauernder Geschäftsunfähigkeit: damit ist die Möglichkeit, rechtsgiltige Akte zu vollziehen, ausgeschlossen. cf. § 2225 BGB.

C. So wenig eine Rechtspflicht besteht, auf eine letztwillige Ernennung hin die Testamentsexekution zu übernehmen, so wenig besteht ein rechtlicher Zwang, dieselbe fortzusetzen und zu Ende zu führen. Insbesondere stehen dem Erben keine Mittel zu Gebote, hierauf zu dringen; dem Toten gegenüber aber besteht lediglich eine sittliche Pflicht.

Sobald der T.-V. beschliesst, von der letztwilligen Ermächtigung keinen weiteren Gebrauch machen zu wollen, hört die Testamentsexekution auf. Diesen seinen Entschluss wird der T.-V. regelmässig ausdrücklich den Beteiligten insbes. den Erben kundgeben. Man spricht in diesem Falle, obgleich das die falsche Vorstellung von einem zu Grunde liegenden Vertrag (Mandat) erwecken könnte, von einer „Kündigung des Amtes“ [1]). Die Meinung, dass der T.-V. jederzeit nach Belieben sein Amt niederlegen kann, erfreut sich in der Litteratur allerdings nur weniger Vertreter [2]);

[1]) Das BGB. § 2226 fordert entsprechend der besonderen Annahmeerklärung vor dem Nachlassgericht § 2202, dass daselbst auch die Erklärung über die Niederlegung des Amtes geschehe.

[2]) So Förster-Eccius aaO. § 255 S. 469 sub. 4; Laurent, principes de droit civil XIV S. 330; cf. Entwurf des BGB. § 1895 und Motive

sie allein kann aus dem Prinzip der Lehre gewonnen werden. Dem Erben gegenüber, dessen Vertreter der T.-V. ja nicht ist, hat er keine anderen Pflichten als die oben im § 20 aufgeführten. Nur soviel ist zuzugeben, dass der T.-V. den aus einer unzeitigen Kündigung entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Die Pflicht ordnungsgemässer Verwaltung war oben S. 84 in dem Sinne verstanden worden, dass der T.-V. das, was er thut, nach Art eines bonus pater familias zu thun hat; das wird man konsequenter Weise auch von dem die Verwaltung beendenden Akt, der Kündigung, sagen müssen. Dieselbe hat rechtzeitig zu erfolgen und nicht, wenn dringende Geschäfte schweben, für deren Abwicklung anderweit keine Vorsorge getroffen werden kann.

III. Endigungsgründe, die sowohl unabhängig vom Willen des Erblassers wie des T.-V. bestehen, sind (A) Destitution des Testaments, (B) Absetzung.

A. Destitution des Testaments.

1. Der Einfluss der Destitution des Testaments auf die Stellung des T.-V. ist verschieden zu bestimmen für das gemeine Recht und für das neuere Recht: so teilt sich im Folgenden die Darstellung:

a. Nach gemeinem Recht muss das Amt des T.-V. enden, si testamentum destitutum sive desertum est d. h. wenn keiner der Berufenen Erbe wird; denn mit sämtlichen Testamentsbestimmungen wird auch die Ernennung eines T.-V. hinfällig[1].

Ist diese Folge der Destitution durch die sog. Codizillarklausel abgewendet, so bleibt natürlich mit den anderen Testamentsbestimmungen auch die Berufung eines Vollstreckers, die ja in Codizillarform sehr wohl geschehen kann, in Kraft.

b. Im modernen Recht ist der Gedanke der Unzertrennlichkeit sämtlicher übrigen Testamentsbestimmungen von den Erbeseinsetzungen, insb. mit der Consequenz, dass die Unwirksamkeit

Bd. V. 223, Entschdg. des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 1886. S. 325. BGB § 2226.

[1]) si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt 9 D. 26, 2.

der letzteren die ersteren mitergreift, aufgegeben, und die neueren Gesetzbücher lassen bei Fortfall sämtlicher Testamentserben nicht das ganze Testament sondern nur die Erbeinsetzungsbestimmungen hinfällig werden. Die übrigen Anordnungen behalten in der Regel ihre Wirksamkeit und binden auch die Intestaterben.

Das BGB. im § 2085 (s. auch § 2161) ordnet in dieser Beziehung ganz allgemein an:

„Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde“ [1]). cf. auch Preuss. Allgem. Landrecht I, 12. §. 280. Hiernach wird also im Streitfall in letzter Linie der Richter zu entscheiden haben, ob nach Destitution der Erbeseinsetzungen die Anordnung der Testamentsexekution in Kraft bleibt [2]).

[1]) Der Begriff der Unwirksamkeit ist hier im weitesten Sinne zu verstehen, sodass er sowohl die Fälle der vollkommenen rechtlichen Nichtbeachtung der Verfügung d. h. der Nichtigkeit z. B. wegen Verstosses gegen die guten Sitten und jus cogens, als auch die Fälle der blossen Vereitelung des gewollten Effektes: z. B. Destitution wegen Vorversterbens der Erben oder Ausschlagung, ferner Ereption bei Erbunwürdigkeit u. s. w. umfasst. Hierzu Endemann aaO. §§ 46. 47. S. 197ff.

[2]) Wir würden uns bei der Entscheidung dieser Frage nachstehende, allgemeine Erwägungen gegenwärtig halten: Es besteht beim Erblasser, welcher einen T.-V. eingesetzt hat, auch für den Fall, dass die Gewünschten seine Erben nicht werden, doch noch immer das Interesse an der Ausführung der übrigen wirksamen Testamentsbestimmungen (Vollziehung von Vermächtnissen u. s. w.) fort. Prinzipiell rechtfertigt sich die Beibehaltung des T.-V. also stets. Wir meinen aber, dass die neueintretenden Intestaterben durch eine, einen Vollstrecker berufende Anordnung des Erblassers billigerweise nur soweit gebunden werden können, als diese Anordnung einen „überwachenden“ T.-V. einsetzt. Denn ein Vollstrecker mit den weitgehenden Befugnissen des Typus I wird vom Erblasser wohl meist gerade mit Rücksicht auf Charakter und Fähigkeiten der eingesetzten Erben gewählt sein. Werden nun die, auf deren Individualität das ganze

2. Eine bloss partielle Rescission des Testaments bewirkt nicht das Ende der Testamentsexekution:

a. Nach gemeinem Recht tritt eine teilweise Rescission des Testaments ein bei Verletzung des Noterbrechts der novella CXV.

In diesem Falle werden, wenn man sich der, auch vom Reichsgericht vertretenen, sog. (relativen) Nullitätstheorie anschliesst, auf die querela nullitatis ex nov. CXV. hin die Erbeseinsetzungen durchweg unwirksam (ut heredum institutiones infirmentur), aber auch nur diese; die übrigen Testamentsbestimmungen bleiben bestehen, unter ihnen ev. also auch die Ernennung eines T.-V.

Für die Frage, ob die Testamentsexekution nur als überwachende oder als Testamentsexekution nach Typus I trotz der infolge der Querel veränderten Sachlage — aufrecht zu erhalten sei, bleiben dieselben Erwägungen massgebend wie auf S. 92 N. 2[1].

b. Nach preussischem Recht und dem BGB. (§ 2303) tritt

Verhältnis zugeschnitten war, nicht Erben, so spricht keine Vermutung dafür, dass der Testator den die Erben gewaltig beschränkenden und nur durch besondere Umstände gerechtfertigten Typus I auch für den Fall seiner Beerbung ab intestato gegenüber den neu eintretenden Erben beibehalten wissen wollte.

Für diesen Fall scheint uns die Conversion der, einen „verwaltenden" Vollstrecker berufenden Testamentsbestimmung in eine Berufung nach Typus II am ehesten der Natur der Sache zu entsprechen; gleichzeitig ist dabei das Interesse des Erblassers bezüglich der Ausführung der neben der Intestatbeerbung wirksam gebliebenen Anordnungen hinreichend berücksichtigt.

[1]) Die actio suppletoria des Pflichtteilsberechtigten, dem wohl etwas, aber nicht sein volles Pflichtteil hinterlassen ist, bewirkt keine partielle Rescission des Testaments; die Erbeinsetzungen und darum auch die Stellung des T.-V. werden durch sie nicht berührt. Sie bezweckt lediglich, von den eingesetzten Erben Erhöhung des Zugewendeten auf die Pflichtteilsquote zu erreichen. Dernburg, Pandekten Bd. III. § 155.

bei Uebergehung Pflichtteilsberechtigter eine partielle Rescission des Testaments nicht ein. Der Pflichtteilsberechtigte hat kein Erbrecht sondern nur ein Forderungsrecht. Seine Klage kann also den Inhalt des Testaments, und damit die Stellung des T.-V. in keiner Weise gefährden.

Wo nach dem BGB. ausserhalb der oben S. 91 b. f. besprochenen Destitution eine teilweise Unwirksamkeit des, einen Vollstrecker einsetzenden Testamentes eintritt, (hier mögliche Fälle s. o. S. 92. N. 1), ist im Streitfall die Frage nach der Aufrechterhaltung der den T.-V. ernennenden Verfügung analog den oben S. 92. N. 2 gegebenen Grundsätzen zu entscheiden.

B. Absetzung des Testamentsvollstreckers (remotio.) Der T.-V. ist aus dem Vertrauen des Erblassers berufen. Von diesem erhält er seine Macht.

Das Eigentümliche nun bei dem hier fragl. Verhältnis ist, dass im Augenblick dieser Machtübertragung der Ermächtigende selbst fortfällt, sodasss niemand bleibt, der bei Missbrauch und Pflichtversäumnis dem T.-V. die Macht wieder entziehen könnte.

Unerschütterlich ist aber damit die Position des T.-V. als eines selbständigen, mit den weitgehendsten Befugnissen ausgestatteten Organs des erblasserischen Interesses nicht geworden. Wenn die Nachlassinteressenten, insbes. die Erben, ihn auch nicht nach ihrer Willkür entfernen können, — das ist nach dem Wesen des Institutes ganz unmöglich[1]) s. S. 81 § 18 — so muss ihnen doch die Möglichkeit gegeben werden, sowohl für den Fall, dass die idealen Interessen des Erblassers als insb. dass ihre eigenen rechtlichen Interessen durch den T.-V. gefährdet oder verletzt werden, seine Absetzung zu betreiben. Denn als ein vollkommen souveräner Herrscher ist der T.-V. nicht zu denken.

Ob nun aber berechtigte Interessen verletzt sind, das entscheidet

[1]) a. M. freilich Förster-Eccius aaO. S. 471. sub. 8., jedoch im Widerspruch mit dem, was er S. 461 sagt: „der blosse Wille des Erben ist regelmässig zu solcher Beseitigung (des T.-V.) nicht geeignet."

unter den obwaltenden Verhältnissen am besten das Nachlassgericht in seiner objektiven Ruhe, auf Anruf eines Beteiligten.

Wird dem Testamentsvollstrecker eine gröbliche Verletzung seiner Pflichten — vom stärksten Grad: der mit öffentlicher Strafe belegten Untreue (RStrGB. § 266 No. 1) bis herab zur unbegründeten Hinzögerung der Erfüllung seiner Pflichten — oder Geschäftsunerfahrenheit, durch die die fraglichen Interessen gleichfalls verletzt werden können, nachgewiesen, dann hat das Nachlassgericht die Absetzung des T.-V. auszusprechen[1]).

B. Gründe des Beruhens der Testamentsvollstreckung.

Durch Eröffnung des Konkurses über den Nachlass wie durch Anordnung einer gerichtlichen Nachlassverwaltung nach § 1975, 1981 Abs. 1 BGB. (die der Konkursverwaltung durchaus analog gestaltet ist, cf. §§ 1981 ff. insb. § 1984 BGB.) wird eine angeordnete Testamentsvollstreckung suspendirt.

Der zu Grunde liegende Gedanke ist der: Hinterlässt der Testator einen überschuldeten Nachlass, dann müssen seine Dispositionen über denselben und sein Interesse an deren Ausführung notwendig zurücktreten hinter dem Recht seiner Gläubiger auf gemeinschaftliche, anteilmässige Befriedigung aus seiner Verlassenschaft; im Konkursfall bei seinen Lebzeiten wäre es nicht anders gewesen. Ebenso kann man dem Interesse des Verstorbenen an der Ausführung seines letzten Willens, wie es sich in der angeordneten Testamentsexekution kund thut, nicht soweit stattgeben, dass dadurch der überlebende Erbe in seinem guten Recht verkürzt wird, sobald ihm die Suffizienz des Nachlasses für die gesamten Nachlassverbindlichkeiten (im weitesten Sinne des § 1967 BGB., also incl. Vermächtnisansprüchen u. s. w.) zweifelhaft erscheint, seine persönliche Haftung für dieselben abzuwenden und seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken, was in

[1]) Cf. BGB. § 2227.

diesem Fall nur durch den Antrag auf eine besondere gerichtliche Nachlassverwaltung geschehen kann.

Kurz: durch Anordnung einer Testamentsexekution kann weder einer Konkurseröffnung über den Nachlass (§ 215 KO.) noch einer gerichtlichen Nachlassverwaltung auf Antrag des Erben (§ 1975, 1981 Abs. 1) präjudiziert werden[1]); vielmehr muss die angeordnete Testamentsexekution während der Dauer des Konkurses oder der Nachlassverwaltung insoweit, aber auch nur insoweit, ruhen, als sie selbst sonst die Verwaltung und Liquidation des Nachlasses zu besorgen gehabt hätte[2]). Ob sie ev. später noch einmal in ihre vollen Rechte tritt (d. h. ob der T.-V. später noch Besitz und Verwaltung des Nachlasses, z. B. zwecks Auseinandersetzung unter den Miterben u. s. w. erlangt), wird wesentlich davon abhängen, dass aus dem Konkurs- bezw. Nachlass-

---

[1]) Einer Nachlassverwaltung auf Antrag der Nachlass-Gläubiger § 1981 Abs. 2 BGB. würde die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nach Typ. I allerdings insofern präjudizieren, als gerade durch die Anordnung dieser Testamentsexekution die beiden Gründe hinfällig werden, auf die allein die Nachlass-Gläubiger ihren Antrag stützen können (siehe § 1981 Abs. 2); es ist infolge der Testamentsexekution erstlich eine Gefährdung der Nachlassgläubiger durch Einwirkung des Erben auf die Nachlassmasse ausgeschlossen (§ 2205); und sodann geschieht ja die Verwaltung derselben vom sonstigen Vermögen des Erben vollkommen getrennt, so dass die Lage der Nachlassgläubiger nicht durch eine missliche Vermögenslage des Erben verschlechtert werden kann. cf. § 2214 BGB.

[2]) Im übrigen bleibt sie bestehen und kann geübt werden. Hat z. B. der gerichtliche Nachlassverwalter in Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 1985 in Verbindung mit 1967 BGB.) aus dem Nachlass einem Legatar die ihm vermachte Summe ausbezahlt und war das Legat mit einer Auflage beschwert, so kann der T.-V. zweifellos — auch während die gerichtliche Nachlassverwaltung noch schwebt — auf Erfüllung des modus dringen. cf. oben S. 58. u. § 2223 BGB. — cf. auch die kurze Bemerkung bei Frese („Die künft. Thätigkeit d. Nachlassgerichts") Sächs. Arch. Bd. IX (Heft 1) S. 39 N. 11.

verwaltungs-Verfahren ein Teil der Erbmasse an die Erben zurückgelangt[1]).

[1]) Den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlass kann u. a. auch der T.-V. selbst stellen (§ 217 KO.). Er wird es, sobald sich ihm die Voraussetzungen des Konkurses ergeben, stets rechtzeitig thun, um sich den Nachlassgläubigern möglicherweise nicht persönlich verantwortlich zu machen. Dagegen kann der T.-V. nie den Antrag auf gerichtliche Anordnung einer Nachlassverwaltung stellen; aus keinem Grunde, am wenigsten nach der Natur der gerichtl. Nachlassverwaltung (s. § 1975, 1981 BGB.) kann man ihm diese Antragsbefugnis vindizieren; man käme auch sonst dahin, dass es der T.-V. in der Hand hat, eine, dem Geiste der Testamentsexekution widersprechende Teilung der Vollziehung zwischen sich, dem Vertrauensmann des Erblassers, und einer diesem völlig fremden Person, dem Nachlassverwalter, herbeizuführen, sodass dieser die umfangreiche Nachlassliquidation besorgt (cf. BGB. § 1985 ff.), ihm selbst aber ev. später nur noch eine Auseinandersetzung zwischen den Miterben bleibt. cf. hierzu Marcus aaO. S. 68. —

Litteraturübersicht.

I. Monographieen.

Beseler, Lehre von den Erbverträgen. (1835.)

— Volksrecht und Juristenrecht. (1843.)

Scholz III., Über Testamentsvollzieher besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben. (1841.)

Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Recht. (1841.)

Lammer, Das Recht der treuen Hand nach deutschem Recht. (1875.)

Platner, Erbrechtliche Bestimmungen etc. (1882.)

Randa, Erwerb der Erbschaft. (1867.)

Rosenthal, Die rechtliche Natur der Testamentsexekution und in Sonderheit der Besitz des T.-V. an den Nachlassgegenständen Bresl. Diss. (1883.)

Gierke, Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. (1889.)

— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. (1887.)

Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. Heft VI. (1889.)

R. Schmidt, Die Affatomie der lex Salica. (1891.)

Hübner, Die donationes post obitum etc. in Gierkes Untersuchungen. Heft 26.

A. Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung in Gierkes Untersuchungen. Heft 49. (1895.)

Lissauer, Die juristische Natur des Testamentsvollstreckers Erl. Diss. (1896.)

Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. (1893.)

Sturm, Die Lehre von den T.-V. nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. (1898.)

Deutsch, Die Vorläufer des heutigen T.-V. im römischen Recht. (1899.)

II. Gesamtwerke.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. (1891.)
Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. (1894.)
— Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 4. Aufl. (1896.)
Bekker, Pandekten. (1886 ff.)
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. (1886.)
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1. u. 2. Aufl. (1884.)
Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts. 7. Aufl. (1895.)
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. (1885.)
Gengler, Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. 3. Aufl. (1876.)
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 2. Aufl. (1860.)
v. Roth, Bairisches Zivilrecht. (1871—75.)
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. (1898.)
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Rechts. 7. Aufl. (1896.)
Zach. v. Lingenthal (Crome), Handbuch des französischen Zivilrechts. (1894—95.)
Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem BGB. (1896.)
Boehm, Das Erbrecht des BGB. (1896.)
Krückmann, Institutionen des BGB. (1897—98.)
Bunsen, Einführung in das BGB. (1898.)
v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des gemeinen Rechts. 2. Aufl. (1898.)
Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 3.—5. Aufl. (1899.)
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (1899.)

III. Zeitschriften.

Preussische Anwaltszeitung. Jahrgg. 1866.
Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege. Bd. I.
„ „ deutsches Recht. Bd. IX.
„ „ Rechtsgeschichte. Bd. VII.
„ „ Zivilprozess Bd. XVII. XVIII.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. XX.
Verhandlungen des 21. deutschen Juristentags. Bd. I—III.
Ausführliche Erläuterungen der Pandekten (Glück). Bd. XXXXIII.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. Bd. II und VIII.

IV. Gesetzesmaterialien, Kommentare, Entscheidungen.

Motive zum Entwurf des BGB. (1888.)

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (1896.)

Haidlen, Das BGB. mit Motiven und sonstigen gesetzgeb. Vorarbeiten. (1897.)

Gaupp, Die CPO. für das deutsche Reich. 3. Aufl. (1897.)

Seuffert, Kommentar zur CPO. 7. Aufl. (1895.)

Struckmann und Koch, Die CPO. für das deutsche Reich. 6. Aufl. (1895.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen und des preussischen Obertribunals, Seufferts Archiv.

Siehe auch die gelegentlich zitierten Werke.

Druck von Max Schmersow vorm. Zahn & Baendel, Kirchhain N.-L.